كافه شرح هدايه لاكمل الدين قطع اوسط

٤٣

فهرست الكتاب

٢٧٤

الملك لله دخل في حفظ عبده
الحاجي بشير آغاء دار السعادة الشريفة
لسنة ثمان وخمسين ومائة
والف

هذه النسخة الجليلة والمجلة الجميلة من وقف حضرت مولانا صاحب الخيرات الحسان
صاحب ذيل الجود والاحسان منور مصابيح المقاصد بأنوار العناية
مفتح مغالق المراصد بمفتاح الكفاية جامع محاسن العلم والعلم حائز مجامع البر
الاكمل الآن وهو اغا دار السعادة الحاج بشير وفقه للخير المزيد والبر الكثير
من هو على كل شيء قدير حرره الفقير الى الله سبحانه وتعالى
محمد امين المفتش باوقاف الحرمين المحترمين
غفر له

الذي هدانا في البداية معرفة الهداية ورعانا بعين العناية في النهاية عن الجهل والغواية وجعلنا ممن امر بالرشد
واتبع الرسل ووفق للدراية وخصنا باهلية الشهادة على الامم بفضل منه وكمال الرعاية احمده على افاضة حكمه واشكره على سوابغ نعمه واصلي على
من اصطفاه الله للرسالة فكان خازنا على وحيه حاميا امينا وحباه بمعرفة ام الكتاب معدن الانوار والاسرار فكان اماما خاويا امينا محمد المبعوث
الى الاحمر والاسود بالكتاب العربي المجيد المنور وعلى اله واصحابه القايمين بنصرة الدين القويم للازهر والصفوة المجتهدين من امته الوارثين
لعلمه الغزير الانور يقول العبد الفقير الى رحمة ربه الخفي محمد بن محمود بن محمد الحنفي غفر الله له ولوالديه وعاملهم بلطفه الخفي اما بعد
فان كتاب الهداية المسمى بالهداية لاحتوايه على اصول الدراية وانطوايه على متون الرواية خلصت معادن الفاظه من خبث الاسهاب وخلت
نقود معانيه عن زيف الايجاز وبهرج الاطناب فصار زبدة الابريز مركبا من معنى وجيز تمثلت في المفاصل عذوبته وفي الافكار رقته وفي العقول
حذقه ومع ذلك قد خفيت جواهره في معادنها واستترت لطايفه في مكامنها فلذلك تصدى الشيخ الامام والقرم الهمام جامع الاصل والفرع
مباني احكام الشرع حسام الملة والدين السغناقي سقى الله ثراه وجعل الجنة مثواه لابراز ذلك والسعي عما هنالك فشرحه شرحا وافيا وبين
ما اشكل منه بيانا شافيا وسماه النهاية لوقوعه في نهاية التحقيق واشتماله على ما هو الغاية في التدقيق لكن وقع فيه بعض اطناب لاجله
لاجله الكتاب ولكن يعسر استحضاره وقت القاء الدرس على الطلاب فكانوا يقترحون عند المذاكرة ان اختصره على ما يحتاج اليه حل الفاظ الهداية وبيان
مبانيه ويحصل به طريق الاوله على تقدير احكامه ومعانيه وكنت امتنع عن ذلك غاية الامتناع واسوفهم من الاعوام مثنى وثلاث ورباع وكان
امتناعي يزيدهم غراما وتسويفي يزيدهم هياما فلم تزل على هذا المنهاج حتى اصبحوا اظاهرين بالحاح فاستخرت الله واقبلت على هذا الخطب الخطير
وتضرعت بضراعة الطلب الى العالم الخبير في استنزال الكلام عن الزلل الى التحرير والتوقير وجمعت منه ومن غيره من الشروح مما ظننت انه مما يحتاج اليه
وما يكون الاعتماد وقت الاستدلال عليه واشرت الى ما تتم به مقدمات الدليل وترتيبه ولم الو جهدا في تنقيحه وتهذيبه واوردت مباحث لم اطلع
عليها في كتاب ولم تصل الي عن احد لا برسالة ولا بخطاب بل كان خاطري ابا عذرة ومقتنص حلوه ومره وسميته العناية لحصوله بعون الله والعناية
وسالت الله ان ينفع به كما نفع باصله انه اكرم مسؤول واعز مامول ثم اني اروي كتاب الهداية عن شيخي العلامة امام الهدى معدن التقى فريد عصره
ووحيد دهره قدوة العلماء عمدة الفضلاء قوام الحق والملة والدين الكاكي قدس الله روحه ونور ضريحه وهو يرويه عن شيخيه العلامتين الامامين الهمامين
المجتهدين مولانا علاء الدين عبد العزيز صاحب الكشف ومولانا حسام الدين حسين السغناقي صاحب النهاية برد الله مضجعهما ونور بفضله ولرمه
مضجعهما وهما يرويانه عن الشيخ الكبير السالك الناسك البارع الورع التقي النقي استاذ العلماء مولانا حافظ الدين الكبير وعن قطب المجتهدين وقدوة
المحققين واسوة المتقين مولانا فخر الدين المايمرغي رحمهما الله رحمة واسعة وهما يرويانه عن استاذ ايمة الدنيا مظهر كلمة الله العليا شمس الايمة محمد بن عبد
الستار بن محمد الكردري تغمده الله برحمته ورضوانه وهو يروي عن شيخه شيخ شيوخ الاسلام حجة الله على الانام مرشد علماء الدهر ما تكررت الليالي
والايام المخصوص بالعناية صاحب الهداية غفر الله لهم ولوالديهم ولنا ولوالدينا واتانا الجنة برحمته وختم لنا بخير في عافية اجمعين انه ارحم الراحمين
المصنف رحمه الله الحمد لله الذي اعلا معالم العلم واعلامه اللام في الحمد للجنس ويجوز ان يكون للاستغراق الجنس وجعله للاستغراق عند اهل
السنة وللعهد عند المعتزلة بناء على ان العباد خالقون لافعالهم فيستحقون الحمد بانفسهم فلا يكون الاستغراق صحيحا ليس بواضح لان من اهل السنة
من جعله للعهد اعني الذهني وصاحب الكشاف جعله للجنس والحمد هو الوصف بالجميل على جهة التفضيل فقولنا هو الوصف كالجنس وقولنا الجميل اخرج ما ليس
كذلك وقولنا على جهة التفضيل اخرج ما يكون على جهة الاستهزاء والتهكم والكلام في اسم الجلالة من كونه منقولا او مرتجلا مشتقا او غيره علما او غيره ليس مما
يهمنا الان ومعنى قوله الحمد لله ما يعرفه كل احد من المعنى الذي يطلق عليه هذا اللفظ او جميع افراده ثابت لله بالاختصاص وهو كما ترى يفيد كون الله
تعالى محمودا اصدر الحمد من حامد او لا والمعالم جمع معلم واراد به اصول الشرع لكونها مدارك العلم الشرعي والاعلام علما وهو والشعاير جمع شعيرة وقيل المراد بها
ما يؤدى من العبادات على سبيل الاشتهار كالاذان والجمعة وصلاة العيد والاضحية والشرع بمعنى المشروع او بمعنى الشارع ويكون من قبيل اقامة المظهر
موضع المضمر او بمعنى الشريعة يقال شرع محمد عليه افضل الصلاة والسلام كما يقال شريعته واحكام الشريعة هي الحل والحرمة والصحة والفساد وغيرها والشعاير
الشعايرة على الاسباب والعلل والشروط والعلامات المنصوبة للاحكام ويكون اشارة الى براعة الاستهلال فان كتابه هذا اشتمل على الاحكام مبينة
بادلتها وقوله رسلا وانبيا صلوات الله عليهم اجمعين قيل الرسول هو النبي الذي معه كتاب كموسى وعيسى عليهما السلام والنبي هو الذي ينبئ عن الله

وان لم يكن معه كتاب كيوشع عليه السلام وهو الظاهر وقوله هادين اي مبينين طريق الصواب واعترض على المصنف بانه ترك ذكر محمد عليه الصلاة والسلام
مع كونه الاصل المحتاج الى ذكره واجيب بانه اراد بالرسل والانبيا محمدا صلى الله عليه وسلم لكن جمعه تعظيما له واحدا لانه واحد القدر وهو في الحقيقة قوله داعين
كقوله هادين في كونه صفة مادحة وقوله لسالكين يجوز ان يكون صفة لعلى وان يكون حالا لانتصافه اولا بد للسالك من الصوفية بحيث لا تقطع عنها الحال
متاخرا وان يكون مستثنيا فكان قايلا قال كيف دعوتهم الى سنن سننهم فقال لسالكين فيما لم يوثر عنهم اي لم يوجد عنهم اثر اي مروي مسلك الاحاد
وفيه بيان انهم لا يخرجون عن الماثور عنهم اذا وجدوه وانهم متبعوهم على الدوام لانهم ان وجدوا ما اثر عنهم عملوا به واتبعوهم فيه وان لم يجدوا اتبعوا
في طريقهم اذا لم يروا البيان وهو الاجتهاد وهو استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل الظن بحكم شرعي وقد قررناه مستوفى في التقرير وقوله مسترشدين
حال من ضمير لسالكين واراد باوايل المستنبطين ابا حنيفة واصحابه رحمهم الله بدليل قوله حتى وضعوا مسايل من كل جلي ودقيق فانهم الذين تولوا
تمهيد قواعد المسايل الشرعية وتبيينها والمراد بالجلي المسايل القياسية لظهور ادراكها عاليا وبالدقيق المسايل الاستحسانية لخفاء ادراكها قيل ما وضعه
اصحابنا من المسايل الفقهية هو الف الف وماية الف وسبعون الفا ونيف مسلة وقوله غير ان الحوادث منصوب على الاستثناء من قوله حتى
وضعوا وهو جواب عما يقال اذا كان اوايل المستنبطين وضعوا مسايل من كل جلي ودقيق فاي حاجة تدعو الى الاستنباط والتصنيف ووجهه
انهم وان وضعوا ذلك الا ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل اي الواقعات يضيق عنها نطاق الموضوع والنطاق هو المنطقة واستعيرها هنا
للاجوبة المنقولة عن السلف في الفتاوى والاقتباص الاصطياد والشوارد جمع شاردة وهي الابدة والقبس شعلة من نار يقال اقتبست منه نارا
واقتبست منه علما اي استفدته والموارد جمع المورد واستعار الشوارد للاحكام المستخرجة من الاصول بالاستنباطات بجامع تعسر الوصول الى المقصود
واستعار الموارد للاصول باعتبار انها محل الوصول يعني كما ان اصطياد الصيود النافرة من مواردها ومناهلها كذا اصطياد الحوادث الفقهية من الاصول
اي الكتاب والسنة والاجماع بالاعتبار ليس صنيعة كل احد بل من صنعة الرجال الكاملين في الرجولية وقوله وبالوقوف على الماخذ خبر ثان لقوله والاعتبار
بالامثال وقوله يعض عليها حال من الضمير في الخبر ومعناه وقياس الاحكام على نظايرها انما هو من صنعة الكاملين من الرجال وهو بالوقوف على الماخذ حال كونه
يعض عليها بالنواجذ يعني اذا كان الوقوف باحكام واتقان ثم قوله غير ان الحوادث الى اخره اعتذار عن الشروع في التصنيف وقوله والاعتبار بالامثال
ان كان ذكره هضما لنفسه عن رتبة التصنيف كان معناه والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف المحكم المتقن على الماخذ ولست منهم ولا
الى ذلك لكن كان قد جرى علي الوعد في مبدا بداية المبتدي ان اشرحها شرحا ارسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه حال كون الوعد يسوغ بعض المساغ لئلا اكون
ممن اذا وعد اخلف وانما قال بعض المساغ لان الوعد بالتبرع غير موجب وانما هو مجوز حينا والى هذا المعنى اعني كونه هضما لنفسه ذهب صاحب النهاية
وتاج الشريعة رحمهم الله وان كان ذكره لبيان صلاحيته لذلك كان معناه وانا منهم هم رجال ونحن رجال وحصل الوقوف لنا على الماخذ بالاتفاق كما حصل لهم
فحيزتنا الاعتبار والحال انه قد جرى علي الوعد وهو ما يسوغ بعض المساغ يعني منع داعي صلاحية الواعد بلا انيانا للموعود فكيف مع الصلاحية والى هذا
ذهب بعض الشارحين لكن لا على هذا الوجه الذي ذكرته من العبارة وقوله وحين اكاد اتكي عنها اي الفراغ قبل تدارك الاتكالي يعني وان كانت تعديته بعلى
لتضمين معنى الفراغ وورد بان معناه حين يكون وحين اكاد افرغ عنه فراغ الفراغ وهو تركيب فاسد والصحيح ان عنه صلة الفراغ قدم رعاية للسجع وقوله
تبينت اي علمت والنبذ الشيء القليل وقوله فصرفت العنان والعناية يعني عنان الخاطر وعناية القلب وقيل المراد بالعنان الظاهر وبالعناية الباطن
وقوله احج يجوز ان يكون حالا من ضمير صرفت ويجوز ان يكون صفة شرح وعيون الرواية هي التي اختارها العلماء كان عين الشيء خياره ومتون الدراية المعاني
المؤثرة والنكات المتينة وقوله في كل باب يعني من الرواية والدراية وقوله عن هذا النوع اشارة الى الذي وقع في كفاية المنتهي وخاف ان يهجر لاجله
الكتاب والاسهاب هو الاطناب وهو التكلم بازيد من متعارف الاوساط وقوله مع ما انه رفع لما يتوهم انه لما وقع موجزا خلا عن الاصول والفصول
فكان اولى بالجزء الاول فقال ليس كذلك بل هو مع كونه خاليا عن الاطناب مشتمل على اصول يتشعب عليها فصول وهو كما قال لجزاه الله عن الطلبة
خيرا يطلع على ذلك من خدم كتابه حق معرفة خدمته فمما ظهر من ذلك قوله في فساد البيع بالشرط كل شرط يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين
او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسد البيع فان في كل قيد منه احترازا عما يضاده وجمع لما يوافقه وقوله لا تمامها واختتامها الضمير للهداية
وفي بعض النسخ بلفظ التثنية فيهما والضمير للشرحين وقوله حتى ان من سمت متصل بناركا للزوايد او بصرفت وسمت بمعنى علت والمزيد مصدر كالزيادة
ومن اعجلة الوقت بمعنى عجلة اي استحثه واسناده الى الوقت مجاز عقلي كصيام النهار والشعر لابي فراس وهطلع على ربع العامرية وقفة يمليني على الشوق
والدمع كاتب ومن عادتي حب الديار لاهلها وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله وهو علم الفقه كله خير فان شئت فارغب في الاقصر والانحر
حفظا وتحصيلا وان شئت في الطول الاكبر كشفا وتاصيلا وقيل معناه جنس العلم حسن فارغب في اي نوع شئت وهو كلام صحيح والمحكي لا تقريب له هنا
والمراد بالمجموع الثاني هو الهداية وكانه بعد صرف العنان والعناية لم يشرع فيه حتى ساله اخوانه الاملاء عليهم فافتتح مستعينا بالله في تحرير اي تقويم
ما يقوله وتلخيصه وفي لفظ المفاعلة مزيد مزاولة ومقاساة ليس في القول وحاولته التي اردته ويقال فلان يجلي بكذا اي خليق به وروي ان صاحب الهداية
بقي في تصنيف الكتاب ثلث عشرة سنة وكان صايما في تلك المدة لا يفطر اصلا وكان يجتهد ان لا يطلع على صومه احد فاذا اتى خادم بطعام كان يقول له
خله وروح فاذا راح كان يطعمه احد الطلبة او غيرهم فكان لبركة زهده وورعه كتابه مباركا مقبولا بين العلماء
الكتاب والكتابة في اللغة جمع الحروف والكتاب قد يعرف بانه طايفة من المسايل الفقهية اعتبرت مستقلة شملت انواعا او لم تشمل فقوله طايفة كالجنس وقوله
من المسايل الفقهية احتراز عن غيرها وقوله اعتبرت مستقلة اي مع قطع النظر عن تبعيتها للغير او تبعية غيرها اياها ليدخل فيه هذا الكتاب فانه تابع للصلاة
ويدخل فيه كتاب الصلاة فانه مستتبع للطهارة وقد اعتبر مستقلين اما كتاب الطهارة فلكونه المفتاح واما كتاب الصلاة فلكونه المقصود الاصلي
وظهر من هذا ان اعتبار الاستقلال قد يكون لانقطاعه عن غيره ذاتا ككتاب اللقطة عن كتاب الاباق وكتاب المفقود وانقطاعهما عن الصلاة والزكاة

وقد يكون المعنى يورث ذلك كانقطاع الصرف عن البيوع والرضاع عن النكاح والطهارة عن الصلاة كما ذكرنا وقوله شملت انواعا اولم تشمل لدفع قول من توهم
الكتاب اسم جنس يدخل تحته انواع من الحكم وكل نوع يسمى بالباب والباب اسم لنوع يشتمل على اشخاص تسمى فصولا فان الكتاب قد يكون كذلك وقد
لا يكون فان من الكتب ما لم يذكر له باب ولا فصل ككتاب اللقطة واللقيط والآبق وغيرها على ما سياتي فلو لم يذكر ذلك لربما توهم ذلك فذكره دفعا لذلك
والطهارة في اللغة ظاهرة وفي الاصطلاح عبارة عن صفة تحصل لمزيل الحدث او الخبث عما تتعلق به الصلاة والمراد اعم من ان يكون طبعا او شرعا وكلمة
او ليست لمانعة الجمع فلا يفسد بها الحد وقوله عما تتعلق به الصلاة ليتناول المكان فان طهارته شرط على ما سياتي وركنها استعمال المزيل وشرط وجوبها
الحدث او الخبث وسببها وجوب الصلاة لا وجودها لان وجودها مشروط بها فكان متاخرا عنها والمتاخر لا يكون سببا للمتقدم وحكمها اباحة الصلاة
او ما يضاهيها لمن قامت به وانما جمع الطهارات نظرا الى اشعارها انواعها ولا يشكل بالصلاة والزكاة لان الاتيان بالجمع في مثله احد الجائزين فلا يرد
تركه نقضا ووجه تخصيص الطهارة بذلك ان انواعها احق بالتنبيه عليها لتفاوتها من حيث الحقيقة والحكم والخفة والغلظ بخلاف انواع الصلاة
والزكاة ولا يشكل بصلاة الجنازة لانها دعاء وانما ابتدا بكتاب الطهارة لانها مفتاح الصلاة التي هي عماد الدين الواجب تقديمها بعد الايمان على كل
عبادة قال رحمه الله قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلاة تبرك المصنف رحمه الله بتقديم الاية الدالة على فرضية الوضوء على حكمها وان
كان القاعدة في الدعاوي تقديم المدعي ومعنى قوله اذا قمتم اذا اردتم القيام من باب ذكر المسبب وارادة السبب الخاص فان الفعل الاختياري
لا يوجد بدون الارادة وذلك مجاز شايع كما عرف في موضعه وليس في هذا الموضع التفات كما توهمه بعض الشارحين وظاهر الاية يقتضي وجوب
الوضوء على كل قايم الى الصلاة وهو مذهب اهل الظاهر محدثا كان او غيره والجمهور على خلافه قالوا معناه اذا قمتم الى الصلاة وانتم محدثون لئلا
يلزم تفويت المقصود الاصلي بالاشتغال بمقدماته فانه لو كان الامر كما ذكره اهل الظاهر لكان من جلس يتوضا لزمه اذا قام الى الصلاة وضوء اخر وفي ذلك
تفويت الصلاة بالاشتغال بالوضوء ولان الحدث شرط وجوب الوضوء بدلالة النص فانه ذكر التيمم في قوله وان كنتم مرضى او على سفر او جاء احد
منكم من الغايط الى قوله فتيمموا صعيدا طيبا مقرونا بذكر الحدث وهو بدل عن الوضوء والنص في البدل نص في الاصل وان اضمر قوله وانتم محدثون
كراهة ان يفتتح اية الطهارة بذكر الحدث كما قال هدى للمتقين ولم يقل هدى للضالين الصايرين الى التقوى بعد الضلال كراهة ان اول
الزهراوين بذكر الضلالة واعترض على الاول بان الجلوس في الوضوء ليس بواجب فلا يتم ما ذكرتم وعلى الثاني ان الاية بعبارتها تدل على وجوب
الوضوء على كل قايم واية التيمم بدلالتها على وجوبه على المحدثين والعبارة قاضية على الدلالة كما عرف والجواب عن الاول سلمنا ان الجلوس في
الوضوء غير واجب لكن بخلاف ما ذكرنا يفضي الى وجوب القيام للوضوء دايما لان اداء الصلاة لا يتحقق اذ ذاك الا اذا توضا قايما وذلك باطل لانه ما
يفضي الى الباطل باطل اذا ثبت هذا ظهر ان ظاهر الاية غير مراد فلا يقتضي عبارته الوضوء على كل قايم فتسلم الدلالة عن المعارض ويسقط السؤال
الثاني واعترض بان الاستدلال بالدلالة فاسد ههنا لانها تدل على اشتراط وجوب التيمم بوجود الحدث والتيمم بدل ويجوز ان يخالف البدل الاصل
في الشرط فانه خالفه في اشتراط النية وهي شرط لا محالة والجواب ان كلامنا في مخالفة البدل الاصل في شرط السبب فان ارادة القيام الى الصلاة
بشرط الحدث سبب لوجود التيمم والبدل لا يخالف الاصل في سببه وما ذكرتم ليس شرط السبب فان ارادة القيام الى الصلاة بشرط نية التيمم
ليست بسبب له وانما النية شرط صحة التيمم لا شرط سببه قال ففرض الطهارة الفا للتعقيب دخلت على الحكم بعد ذكر الدليل والفرض بمعنى
المفروض والمراد بالطهارة الوضوء والاضافة للبيان وانما فسره الغسل والمسح مع ظهور معناهما اشارة الى دفع ما ذهب اليه ابن علية من تكرار مسح
الراس على ما سيجي والى ان البلل الباقي المغسولات لا يسقط الفرض كما روي عن ابي يوسف وقصاص الشعر منتهاه وغايته في الراس وفي القاف
ثلاث لغات والضم اعلاها وقوله وهو مشتق منها اعترض عليه بان الثلاثي لا يكون مشتقا من المنشعبة وليس بشي لان ذلك في الاشتقاق
الصغير واما في الاشتقاق الكبير وهو ان يكون بين كلمتين تناسب في اللفظ والمعنى فيجوز والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا وقال
زفر لا يدخل لان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم وهذا الذي ذكره المصنف لزفر يخالف ما ذكر له في نسخ الاصول فان المذكور له فيها
تعارض الاشباه وهو ان من الغايات ما يدخل كقوله قرات القران من اوله الى اخره ومنها ما لا يدخل كما في قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وقوله
ثم اتموا الصيام الى الليل وهذه الغاية اعني المرافق تشبه كلا منهما فلا يدخل بالشك وتاويل كلام المصنف رحمه الله ان هذه الغاية اعني المرافق لا
تدخل بتعارض الاشباه كما لم تدخل في قوله الى الليل ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها يعني ان الغاية على نوعين نوع لمد الحكم اليها ونوع
يكون لاسقاط ما وراءها والفاصل بينهما حال صدر الكلام فان كان متناولا لما وراءها كانت للثاني والا فللاول وما نحن فيه من الثاني لان ذكر اليد يتناول
الاباط بدليل ان الصحابة رضي الله عنهم وهم اهل اللسان فهموا ذلك من اية التيمم فبقي المرافق داخله بخلاف ذكر الصوم فانه يتناول الامساك ساعة
فكانت لمد الحكم اليها فيبقى الليل خارجا والكعب هو العظم الناتي النتي والنتو الارتفاع وقوله هو الصحيح احتراز عما رواه هشام عن محمد انه قال هو المفصل
الذي في وسط القدم عند معقد الشراك قال لان الكعب اسم للمفصل ومنه كعوب الرمح والذي في وسط القدم مفصل وهو المتيقن به وهذا صحيح في
المحرم اذا لم يجد نعلين فانه يقطع خفيه اسفل من الكعبين فاما في الطهارة فلا شك انه العظم الناتي المتصل بعظم الساق ومنه الكاعب وهي الجارية
التي بدا ثديها للنهود وقوله والمفروض في مسح الراس اي المقدر على جهة الفرضية مقدار الناصية وهو ربع الراس وهو كما ترى يشير الى انه يجوز من اي
جانب كان واستدل عليه بقوله لما روى المغيرة بن شعبة ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى سباطة قوم فبال وتوضا ومسح على ناصيته وخفيه ولم يقتصر
على ايراد الحديث بقوله ومسح على ناصيته مع حصول المقصود به لان نقل الحديث بما يتلوه من الحكاية يوجب صحته ووكادته قيل هو حديثان واحد وقد
حدثنا انا جمع القدوري بينهما فان الحديث الذي ذكر فيه السباطة لم يذكر فيه المسح على الناصية والذي ذكر المسح عليها لم يذكر فيه السباطة والسباطة
الكناسة هنا باب ذكر الحال وقوله والكتاب مجمل فالتحق بيانا به جواب عما يقال حديث المغيرة خبر واحد لا يزاد به على الكتاب ووجهه انه ليس من باب

الزيادة

الزيادة على الكتاب بل الكتاب مجمل فالتحق الخبر بيانا به ويجوز ان يقع خبر الواحد بيانا لمجمل الكتاب وفيه بحث وهو انا لا نسلم ان الكتاب مجمل لان المجمل ما
لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل والعمل بهذا النص ممكن بحمله على الاقل لتيقنه سلمنا انه مجمل والخبر بيان له ولكن الدليل اخص من المدلول فان المدلول مقدار
الناصية وهو ربع الراس والدليل يدل على تعيين الناصية ومثله لا يفيد المطلوب سلمناه ولكن لا نسلم ان مقدار الناصية فرض لان الفرض ما ثبت بدليل
قطعي وخبر الواحد لا يفيد القطع سلمناه ولكن لازمه وهو تكفير الجاحد منتف فينتفي الملزوم والجواب انا لا نسلم ان العمل به قبل البيان ممكن قوله
يحمله على الاقل قلنا الاقل من شعرة والمسح عليها لا يكون الا بزيادة عليها وما لا يمكن الفرض الا به فهو فرض والزيادة غير معلومة فتحقق الاجمال في المقدار
والبيان انما يكون لما فيه الاجمال فكان الناصية بيانا للمقدار لا للمحل المسمى ناصية اذ لا اجمال في المحل فكان من باب ذكر الخاص وارادة العام وهو مجاز شايع
فكان متساويين في العموم والاصل ان خبر الواحد اذا لحق بيانا بالمجمل كان الحكم بعده مضافا الى المجمل دون البيان والمجمل من الكتاب دليل قطعي
ولا نسلم انتفاء اللازم لان الجاحد من لا يكون ماولا وموجب الاقل والاستيعاب ماول يعتمد شبهة قوية وقوة الشبهة تمنع التكفير من الجانبين الا ترى
ان اهل البدع لم يكفروا لما منعوا ما دل عليه الدليل القطعي في نظر اهل السنة لتاويلهم واذا ثبت ما ذكرنا كان حجة على الشافعي في التقدير بثلث شعرات
وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب قوله وفي بعض الروايات قدره بعض اصحابنا بثلث اصابع لانه اكثر ما هو الاصل في الة المسح وهو الاصابع قيل
هي ظاهر الرواية لكونها المذكورة في الاصل فكان ينبغي ان يقول على ظاهر الرواية وعلى هذه الرواية لو وضع الاصابع ولم يمدها جاز بخلاف الاولى
قال وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء لما فرغ من فرايض الوضوء بين سننه والسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وحكمها ان
يثاب على الفعل ويستحق اللايمة بالترك لا غير وسنن الطهارة اي الوضوء والاضافة للبيان وانما جعل دون الفرض لان الفرض في الاصل مقصد
فروعي ذلك واستغنى عن الجمع بخلاف السنة وذكر الاناء وقع على عادتهم بانهم كانوا يتوضؤون من الاتوار وطريق غسل اليدين قبل ادخالهما
الاناء ان ياخذ الاناء بشماله ان كان صغيرا او يصب على يمينه فيغسلها ثلاثا وان كان كبيرا لا يمكنه رفعه ياخذ عنه الماء باناء اصغر ان كان معه فيصب بشماله
على يمينه والا يدخل اصابع يده اليسرى مضمومة دون الكف ويصب على يمينه فيغسلها ثلاثا ثم يدخل اليمين وقوله اذا استيقظ المتوضئ تعلق به
شمس الايمة الكردري انه شرط حتى قال انه اذا لم يستيقظ لا يسن غسلهما وقيل هو شرط اتفاقي حتى ان المصنف عقلها بالمستيقظ تبركا بلفظ الحديث
والسنة تشمل المستيقظ وغيره وعليه الاكثرون ووجه التمسك بالحديث ان الوضوء واجب وقد لا يتوصل اليه الا بالغمس والغمس حرام حتى يغسل
اليد ثلاثا فيكون الغمس والغسل واجبين لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لكن تركنا الوجوب الى السنة في الغسل لانه صلى الله عليه وسلم علل بتوهم
النجاسة وتوهمها لا يوجب التنجس الموجب للغسل فكان دليلا على التورع والاحتياط وقوله ولان اليد اله للتطهير مبناه ايضا على ان ما لا يتم
الواجب الا به فهو واجب لكنه ترك لان طهارة العضو حقيقة وحكما تدل على عدم الوجوب والرسغ منتهى الكف عند المفصل وقوله وتسمية
الله تعالى في ابتداء الوضوء قال الطحاوي هو ان يقول بسم الله العظيم والحمد لله على الاسلام هو المنقول عن السلف وقيل انه مرفوع الى
النبي صلى الله عليه وسلم واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء لمن لم يسم ووجه ذلك ان لا لنفي الجنس فتحقيقه يقتضي ان لا يكون
وضوء الا بالتسمية واليه ذهب اصحاب الظواهر واحمد وجعلوا التسمية من شروط الوضوء لكنا قلنا المراد به نفي الفضيلة لئلا يلزم نسخ اية
الوضوء فانه قطعي كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وهو افاد الوجوب اجيب بان خبر الفاتحة مشهور دونه والحكم يثبت
بقدر دليله وليس بشي لانه لو كان كذلك لجازت به الزيادة على الكتاب وليس كذلك وبان النبي صلى الله عليه وسلم واظب على الفاتحة في الصلاة
من غير ترك دون التسمية فانه روي ان مهاجر بن قنفذ سلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يرد عليه حتى فرغ من وضوئه فقال عليه الصلاة
والسلام انه لم يمنعني ان ارد عليك الا اني كرهت ان اذكر الله الا على طهارة وربما تمسك به مالك رحمه الله وانكر التسمية في اول الوضوء فقال اتريد
ان تذبح اشارة الى ان التسمية في الذبيحة دون الوضوء وذلك كما ترى يدل على انه صلى الله عليه وسلم توضا قبل ان يذكر الله وكونها سنة
مختار الطحاوي والقدوري والاصح ان التسمية مستحبة وان سماها في الكتاب يعني القدوري سنة لما ذكرنا ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يواظب
عليها روي ان عثمان وعليا رضي الله عنهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل عنهما التسمية وما روي انه صلى الله عليه وسلم سمى
فهو من باب قوله عليه السلام كل امر ذي بال لم يبدا فيه ببسم الله فهو ابتر ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح دون ما قيل يسمي قبل الاستنجاء
لانه من سنن الوضوء فيسمي قبله ليقع جميع افعال الوضوء فرضها وسننها بالتسمية وما قيل يسمي بعد الاستنجاء لان قبله حال كشف العورة وذكر
الله حال كشف العورة غير مستحب وانما كان ذلك هو الصحيح لان قوله صلى الله عليه وسلم كل امر ذي بال لم يبدا بذكر الله يستدعي التسمية
في ابتداء الوضوء والاستنجاء كان ملحقا به من حيث هو طهارة استحب ان يبداها وقوله والسواك اي استعماله حذف المضاف لامن الالتباس
والسواك اسم للخشبة معينة للاستياك وينبغي ان يكون من الاشجار المرة لانه يطيب النكهة ويشد الاسنان ويقوي المعدة ويكون في غلظ الخنصر
وطول الشبر ويستاك عرضا لا طولا عند المضمضة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يواظب عليه وعند فقده كان يعالج بالاصبع والمواظبة
مع الترك دليل السنة وبدونه دليل الوجوب وقد دل على تركه حديث الاعرابي فانه لم ينقل فيه تعليم السواك فلو كان واجبا لعلمه ويستدل بتركه
التعليم على تركه دفعا للتعارض فان عدم الترك يدل على الوجوب وترك التعليم على عدمه فكانا تدافعا وقوله والمضمضة والاستنشاق لان النبي
صلى الله عليه وسلم فعلهما على المواظبة يعني مع الترك والدليل على الترك حديث الاعرابي على الوجه الذي ذكرناه وما روي عن عايشة رضي الله
عنها انها حكت وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم تذكر المضمضة والاستنشاق وانما تعرض لكيفيتهما نفيا لقول الشافعي فان عنده الافضل
ان يتمضمض ويستنشق بكف ماء واحد لما روي انه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ولنا ان الفم والانف عضوان منفردان فلا يجمع بينهما بماء واحد كسائر
الاعضاء وتاويل ما روي انه صلى الله عليه وسلم لم يستعن باليدين كما في غسل الوجه بل استعمل الكف الواحد وقوله ومسح الاذنين بماء الراس وهو

اخذ لاذنيه ماء جديدا ولنا ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم م

بالراس لا بماء جديد خلافا للشافعي فانه يقول هو سنة بماء جديد قال في النهاية انتصاب خلافا يجوز ان يكون على المفعول المطلق باضمار فعله اي قولنا هذا يخالف خلافا للشافعي او هذا المذكور في معنى يخالف فكان مصدرا مؤكدا لمضمون الجملة كقوله لفلان علي الف درهم اعترافا استدل الشافعي رحمه الله بما روى ابو امامة الباهلي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح براسه واذنيه بماء واحد وقال الاذنان من الراس ووجه التمسك ان المراد بقوله الاذنان من الراس اما ان يكون بيان الحقيقة وهو عليه السلام غير مبعوث لذلك على انه مشاهد لا يحتاج الى بيان او بيان انهما ممسوحان كالراس لا بالراس ولا سبيل اليه لان الاشتراك بين الشيئين لا يوجب كون احدهما من الاخر كالرجل من الوجه لاشتراكهما في الغسل والخف من الراس لاشتراكهما في المسح واما بيان انهما ممسوحان بالراس وذلك يناسب الذكر عند مسح الاذنين بماء واحد فانه اذا كان من ابعاض الراس حقيقة وحكما جاز ان يمسح بماء واحد فكذا اذا احكم الشرع بذلك فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يجزي مسحها عن مسح الراس اجيب بان كون الاذنين من الراس ثبت بخبر الواحد فلا يتنوع عما ثبت بالكتاب كما ان التوجه الى الحطيم لا يجزي لان كونه من البيت ثبت بخبر الواحد والتوجه الى البيت ثابت بالكتاب فلا يجزي عنه ما ثبت بخبر الواحد لئلا يلزم نسخ الكتاب به وقوله وتخليل اللحية لانه صلى الله عليه وسلم امره جبريل عليه السلام بذلك قال عليه السلام نزل جبريل عليه السلام يامرني ان اخلل لحيتي اذا توضات ووجه التمسك ان الامر للوجوب الا انا تركناه لئلا يعارض الكتاب وفيه نظر لانه انما لزم ذلك ان لو افاد الفرضية ولم يقل به احد واما اذا افاد الوجوب فلا مانع عنه كخبر الفاتحة والحق ان الوجوب يثبت بالمواظبة من غير ترك ولم يثبت ذلك فانه روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال ما روي انه صلى الله عليه وسلم اخذ كفا من ماء فخلل به لحيته وقال بهذا امرني ربي لم يثبت الا مرة واحدة وقال عن هذا نقل عنه انه قال مسح اللحية جائز ليس بسنة ومعنى قوله جائز ان صاحبه لا ينسب الى البدعة وهو المنقول عن محمد رحمه الله كما ذكر في الكتاب وقوله لان السنة يعني في الوضوء اكمال الفرض في محله والداخل اي داخل اللحية ليس محل الفرض لعدم ايصال الماء اليه بالاتفاق واعترض بان المضمضة والاستنشاق سنتان وداخل الفم ليس محل الفرض لعدم وجوب ايصال الماء اليه في الوضوء واجيب بان الفم والانف من الوجه من وجه اولهما حكم الخارج من وجه والوجه محل الفرض وقوله فلو لم يفد الوجوب وان كان مقرونا بالوعيد لان حديث الاعرابي والاخبار التي حكى فيها وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير ذكر التخليل فيها يصرفه عن افادة الوجوب والوعيد مصروف الى ما اذا لم يعرف الماء الاصابع وقوله لان النبي صلى الله عليه وسلم توضا مرة مرة اي غسل كل عضو مرة والمراد بالقبول الجواز ورتب على الزيادة والنقصان وعيدا وليس على ظاهره فلا بد من تاويل وهو من زاد على اعضاء الوضوء او نقص عنها او زاد على الحد المحدود او نقص عنه او زاد على الثلث معتقدا ان كمال السنة لا يحصل بالثلث او هو ثلثه اوجه وقوله فقد تعدى يرجع الى الزيادة لانه يجاوز عن الحد وقوله وظلم يرجع الى النقصان قال الله تعالى ولم يظلم منه شيئا اي لم ينقص وقوله والوعيد لعدم رويته سنة اشارة الى اختياره التاويل الثالث يعني انه اذا زاد لطمانينة القلب عند الشك او بنية وضوء اخر فلا باس به فان الوضوء على الوضوء نور على نور وقد امر بترك ما يريبه الى ما لا يريبه قال ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة قيل المستحب ما يثاب على فعله ولا يلام على تركه وقوله فالنية في الوضوء سنة عندنا تنافي ذلك لان السنة ما يثاب على فعله ويلام على تركه والظاهر ان الاول اختيار القدوري والثاني اختيار المصنف وتفسير النية في الوضوء هو ان ينوي ازالة الحدث او اقامة الصلاة وهي فرض عند الشافعي رحمه الله تعالى لانه عبادة لان العبادة فعل المكلف على خلاف هوى نفسه تعظيما لامر ربه والوضوء بهذه المثابة وكل عبادة لا يصح بدون النية لقوله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين والاخلاص لا يحصل الا بالنية وقد جعله حالا للعابدين والاحوال شروط فيكون كل عبادة مشروطة بالنية وقاسه على التيمم لكونهما طهارتين للصلاة ولنا القول بموجب العلة يعني سلمنا ان الوضوء لا يقع عبادة الا بالنية لكن ليس كلامنا في ذلك وانما هو في ان استعمال الماء المطهر في اعضاء الوضوء هل يوجب الطهارة بدون النية حتى يكون مفتاحا للصلاة او لا بد فلا لكونه عبادة في ذلك وتعبيد ذلك بدونها لان اعضاء الوضوء محكوم بنجاستها في حق الصلاة ضرورة الامر بتطهيرها والماء بطبعه فاذا لاقى النجس طهره قصد المستعمل ذلك او لا كما لتوب النجس كما في حق الماء وبخلاف التيمم فان التراب لم يعقل مطهرا طبعا فلم يبق فيه الا معنى التعبد ولا تعبد بدون النية فان قيل في الوضوء مسح والمسح لم يعقل مطهرا طبعا فيحتاج الى النية اجيب بان مسح الراس ملحق بالغسل لقيامه مقامه وانتقاله اليه بضرب من الحرج وقوله وهو ينبي عن القصد فلا يتحقق بدونه قيل يعني ان التيمم ينبي عن القصد والنية هو القصد فلا يتحقق التيمم بدون القصد اي النية وفيه نظر لانه ينبي عن القصد لغة والقصد الذي هو النية انما هو قصد خاص وهو قصد اباحة الصلاة والاعم لا دلالة له على الاخص ولان الاول مدلول اللفظ والثاني فعل القلب ولا دلالة لاحدهما على الاخر قوله ويستوعب راسه بالمسح اي يستحب ان يستوعب على ما اختاره القدوري وقوله وهو سنة يعني على اختياره وصفة الاستيعاب ان يبل يديه ويضع بطون ثلث اصابع من كل كف على مقدم الراس ويعزل السبابتين والابهامين ويجافي الكفين ويجرهما الى مؤخر الراس ثم يمسح الفودين بالكفين ويجرهما الى مقدم الراس ثم يمسح ظاهر الاذنين بباطن الابهامين وباطن الاذنين بباطن السبابتين ويمسح رقبته بظاهر اليدين حتى يصير ماسحا ببلل لم يصر مستعملا هكذا روت عائشة رضي الله عنها مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي رحمه الله السنة التثليث بمياه مختلفة لانه ركن في الوضوء فكان التثليث فيه سنة كغسل الوجه واليدين والرجلين ولنا ان انسا رضي الله عنه توضا ثلاثا ثلاثا ومسح راسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول

الله

رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد روي عن عثمان وعلي ومعاذ وابن عباس والبراء وابي امامة الباهلي مثل ذلك قال الترمذي والعمل عليه عند اكثر اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم وقد روي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما انهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فغسلا ثلاثا ثلاثا ومسحا ثلاثا قلنا المشهور عنهما ما رويناه اولا قال المصنف والذي يروى فيه من التثليث يريد به ذلك يعني على تقدير ثبوته محمول عليه اي على التثليث بماء واحد وهو مشروع على ما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى ذكر الحسن في المجرد عن ابي حنيفة انه اذا مسح ثلاثا بماء واحد كان مسنونا فان قيل قد صار البلل مستعملا بالمرة الاولى فكيف يسن امراره ثانيا وثالثا اجيب بانه يأخذ حكم الاستعمال لاقامة فرض اخر لا لاقامة السنة لانها تبع للفرض الا ترى ان الاستيعاب يسن بماء واحد قوله ولان المفروض هو المسح دليل اخر وتقريره المفروض هو المسح والمسح بالتكرار يصير غسلا فالمفروض هو الغسل وهو خلاف الكتاب والسنة والاجماع فلا يكون التكرار مسنونا لان السنة في الوضوء اكمال الفرض في محله لا نقله من كونه مسحا الى كونه غسلا وقوله وصار كمسح الخف تقريره مسح الراس مسح في الوضوء وكل ما هو مسح في الوضوء لا يسن تثليثه كمسح الخف وقوله بخلاف الغسل متصل بقوله وبالتكرار يصير غسلا ومعناه ان المسح يفسده التكرار بخلاف الغسل فانه لا يفسده فكان قياس الشافعي قياس الممسوح على المغسول فاسدا قال ويرتب الوضوء فيبدا بما بدا الله بذكره ويرتب معطوف على قوله ويستوعب والكلام في كونه مستحبا او سنة كما تقدم قوله فيبدا بيان الترتيب وقال الشافعي رحمه الله الترتيب في الوضوء فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وايديكم الاية ووجه الاستدلال ان الفاء للتعقيب والتعقيب الترتيب فيفيد ترتيب غسل الوجه على القيام الى الصلاة واذا ثبت الترتيب فيه ثبت في غيره لانه معطوف على المرتب مرتب او لعدم القائل بالفصل ولنا ان المذكور في الاية حرف الواو ومعنى بعد الفاء الواو او لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة والفاء دخل على هذه الجملة التي لا ترتيب فيها فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء من غير ترتيب وتحقيقه سلمنا ان الفاء للتعقيب لكن يفيد تعقيب ما قبله بعده لما قبله وما بعده غسل جملة غير مرتبة فيفيد تعقيبها للقيام الى الصلاة ونحن نقول به وليس الكلام فيه وانما الكلام في ترتيب الاعضاء والداخل فيها الواو وهو لا يفيد الترتيب فان قيل كيف ادعى المصنف رحمه الله اجماع اهل اللغة وفيهم من يقول يفيد الترتيب ومنهم من يقول نفيد القران اجيب بان ابا علي الفارسي ذكر ان النحاة اجمعوا ان الواو للجمع المطلق ذكره سيبويه في سبعة عشر موضعا في كتابه فاعتمد المصنف على ذلك وان خلاف القليل لا يمنع الاجماع اللغوي وقوله والبداية بالميامن فضيلة اي مستحب والميامن جمع ميمنة خلاف الميسرة وذكر في المغرب ان البداية بالياء عامية والصواب بداءة وقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل التنعل لبس النعلين والترجل تسريح شعر الراس مع

لما فرغ من بيان الوضوء فرضه وسنته ومستحبه بدا بما فيه من العوارض اذ العارض انما يكون متاخرا عن المعروض ويعرف الفصل بانه طائفة من المسائل الفقهية تغيرت احكامها بالنسبة الى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب والنواقض جمع ناقضة والنقض متى اضيف الى الاجسام يراد به ابطال تاليفها ومتى اضيف الى المعاني يراد به اخراجه عما هو المطلوب به والمطلوب بهنا من الوضوء استباحة الصلاة والمعاني الناقضة اي العلل المؤثرة في اخراج الوضوء عما هو المطلوب به كل ما يخرج من السبيلين اي خروج كل ما يخرج من السبيلين يعني القبل والدبر والذكر وانما قدرنا المضاف تصحيحا للحمل فان حمل الذات على المعنى غير صحيح وانما عبر عن العلل بالمعاني اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم في قوله لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلث واحترازا عن عبارة الفلاسفة فان المتقدمين استنكفوا عن ذلك الى ان نشا الطحاوي فاستعملها فتبعه من بعده فان قيل الكلية منتقضة بالريح الخارج من الذكر والقبل فان الوضوء لا ينتقض به في اصح الروايتين اجيب بانه مخصوص عن العموم لان الريح لا ينبعث من الذكر وانما هو اختلاج والقبل محل الوطي ليس فيه نجاسة ينجس الريح بالمرور عليها وهو انما كان عند المصنف على ما يجي ووجه الاستدلال بقوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط والغائط هو المكان المطمئن من الارض يتنحى اليه الانسان عند ارادة قضاء الحاجة تسترا ان الله تعالى رتب وجوب التيمم على المجيء من الغائط حال عدم الماء وهو لازم لخروج النجس فكان كناية عن الحدث لكونه ذكر اللازم وارادة الملزوم والترتيب يدل على العلية واذا ثبت ذلك في التيمم ثبت في الوضوء لما ذكرنا ان البدل لا يخالف الاصل في السبب لا يقال قد تقدم ان الحدث شرط للوضوء فكيف يكون علة لنقضه لانه علة لنقض ما كان وشرط لوجوب ما سيكون ولا تنافي بينهما وقوله وكلمة ما عامة تتناول المعتاد وغيره نفي لقول مالك فانه يقول لا وضوء لما يخرج نادرا كالحصاة والدود ودم الاستحاضة مستدلا بان الله تعالى كنى بالغائط على الوجه المتقدم عن قضاء الحاجة المعتادة فلا يكون غيرها ناقضا قلنا تقييد بلا دليل في مقابلة ما يدل على خلافه وهو عموم كلمة ما قال والدم والقيح اذا خرجا من البدن خروج النجس من بدن الانسان الحي ينقض الطهارة كيف ما كان عندنا وهو مذهب العشرة المبشرة وابن مسعود وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري وابي الدرداء وصدور التابعين رضي الله عنهم وقيد بالخروج لان عين النجاسة غير ناقضة ما لم توصف بالخروج والا لما حصلت الطهارة لشخص ما والمراد بالبدن بدن الحي كما ذكرنا فانها ان خرجت من بدن الميت بعد غسله لا يوجب اعادة غسله بل يوجب غسل ذلك الموضع على ما سياتي وشرط التجاوز الى موضع يلحقه حكم التطهير احترازا عما بدا ولم يتجاوز فانه لا يسمى خارجا فكان تفسير الخروج ورد الطحاوي زفر رحمه الله ان البادي خارج حتى لو ورد ما لم يسل ناقضا على قولنا الخارج من غير السبيلين ناقض للوضوء وقوله يلحقه حكم التطهير والمراد ان يجب تطهيره في الجملة كما في الجنابة حتى لو سال الدم من الراس الى قصبة الانف انتقض الوضوء بخلاف البول اذا نزل الى قصبة الذكر ولم يظهر لان النجاسة هناك لم تصل الى موضع يلحقه حكم التطهير وفي الانف وصلت الى ذلك

اي يلحقه حكم هو التطهير

في الجنابة

اذ الاستنشاق في الجنابة فرض وقال الشافعي الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قاء فلم
يتوضأ ولان غسل غير موضع الاصابة امر تعبدي اي امر تعبدنا به كلفنا الله به من غير معنى يعقل اذ العقل انما يقتضي وجوب غسل
موضع اصابة النجاسة فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد والياء في تعبدي يجوز ان تكون للنسبة ويجوز ان تكون للمبالغة
كاحمري في احمر ويجوز ان يكون معناه امر تعبدي لان القياس يقتضي وجوب غسل كل الاعضاء كما في المني بل بطريق الاولى لان الغائط انجس من
المني بلا خلاف في نجاسته دون الغائط فالاقتصار على الاعضاء الاربعة امر تعبدي ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الوضوء من كل دم سائل
اخرجه الدارقطني ووجه الاستدلال ان مثل هذا التركيب يفهم منه الوجوب كما في قوله في خمس من الابل شاة ولا خلاف في فرضيته وقوله
صلى الله عليه وسلم الماء من الماء ولا خلاف في وجوب الغسل بسبب خروج المني فكان معناه توضؤوا من كل دم سائل عن البدن وانما عبر عنه
بلفظ الخبر لكونه آكد في الدلالة على الوجوب كأنه امر فامتثل فاخبر عن ذلك وهو آية كونه واجبا فان الامر اذا كان ممن لا يكذب في كلامه يعبر عما امره
مطلوبه بلفظ الخبر تأكيدا للطلب لان في تركه تكذيبا له وهو ممن لا يكذب على ما عرف في موضعه فان قيل سلمناه لكن يجوز ان يكون المراد به
الوضوء اللغوي قلنا ذاك مجاز شرعي ولا تترك الحقيقة الشرعية في كلام الشارع بلا دليل وقوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف في صلاته
فلينصرف من صلاته وليبن على صلاته ما لم يتكلم رواه ابن ابي مليكة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الرازي في شرح وليتوضأ
الطحاوي يقال رعف اذا سال رعافه قال المطرزي وفتح العين هو الصحيح ووجه التمسك به من اوجه احدها ان الامر بالانصراف وهو
ابطال العمل المنهي عنه المفضي الى التناقض المستحيل على الشرع فان قيل جاز ان يكون الامر بالانصراف لازالة نجاسة اصابت ثوبه او
بدنه من الرعاف اجيب بان الامر بالبناء يأباه فان البناء اذ ذاك غير جائز بالاتفاق والثاني الامر بالوضوء والامر للوجوب وارادة الوضوء اللغوي
مدفوعة بما تقدم في الحديث الاول لا يقال وقع في الشرح ذلك اذ غسل فمه بعد القيء فقيل الا تتوضأ وضوءك للصلاة فقال عليه السلام
هكذا الوضوء من القيء لانا نقول فانه عليه السلام قال ذلك بطريق المشاكلة لقول السائل الا تتوضأ وضوءك للصلاة والثالث انه امر
بالبناء وادناه للاباحة ولا اباحة للبناء بعد العمل الكثير الا بعد انتقاض الطهارة بالاتفاق لان الاستقبال البناء غير واجب بالاتفاق فكذا ما عطف عليه
لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم الا ترى الى قوله تعالى كلوا من رزق ربكم واشكروا له فان الامر الاول للاباحة والثاني للوجوب
واذا جاز ذلك فعكسه اولى لانه اتباع الضعيف للقوي قوله ولان خروج النجاسة اثبات صفة النجاسة لما يخرج من غير السبيلين بطريق
القياس والمصنف رحمه الله ظهر على حذق عظيم مع وجازة اللفظ وبيانه على وجه واضح يحتاج الى ذكر الاصل والفرع وشروط القياس
فلا علينا ان نذكر ذلك فنقول القياس ابانة مثل حكم احد المذكورين بمثل علته في الآخر فالمذكور الاول هو الاصل والثاني هو الفرع وشرطه رجاله
ان لا يكون الاصل مخصوصا بحكمه بنص آخر كشهادة خزيمة وان لا يكون معدولا به عن سنن القياس كبقاء الصوم مع الاكل ناسيا وان يتعدى
الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه واما معرفة تفاصيل ذلك وما يحترز عنه بكل قيد من القيود فموضعه
اصول الفقه اذا عرف هذا فنقول اما الاصل فيما نحن فيه فهو الخارج من السبيلين اعني الغائط وهو مشتمل على معنى معقول وهو ان
خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة عن المخرج لانتفاء ضد الطهارة وهو التلوث بالنجاسة وعن سائر البدن باعتبار ان الا
تتجزأ بالحدث لا يقبل التجزي وعلى معنى غير معقول وهو الاقتصار على الاعضاء الاربعة واما الفرع فيه فهو الخارج من غير السبيلين
وذلك لان علماءنا رحمهم الله اعتبروا فاستنبطوا ان الخارج من السبيلين كان حدثا لكونه نجسا خارجا من بدن الانسان من قوله تعالى
او جاء احد منكم من الغائط الآية وهو نص معلول بذلك الوصف لظهور اثره في جنس الحكم المعلل به وهو انتقاض الطهارة بخروج دم
الحيض والنفاس ووجدوا ذلك في الخارج من غير السبيلين فعدوا الحكم الاول اليه بتعدي الحكم الثاني وهو الاقتصار على الاعضاء مثاله
الاربعة بضرورة تعدي الاول لانه لو لم يتعد اليه تغير حكم النص بالتعليل وذلك يفسد القياس فان قيل التغير واقع لان مجرد الخروج
مؤثر في الاصل واعتبر في الفرع السيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير اجاب المصنف بقوله غير ان الخروج يتحقق بالسيلان الى موضع
يلحقه حكم التطهير وبملء الفم في القيء فان قيل قد ذكرتم ان من شروط القياس ان لا يكون الاصل مخصوصا بحكمه وهو نقض الطهارة فالجواب
ان ذلك محمول على التعليل كما ذكره في الكتاب ويجاب عما قيل من شرطه ان لا يكون الفرع منصوصا عليه وقد رويتم فيه حديثين بان ذلك
الشرط ليس بمتفق عليه فجاز ان يكون اختيار المصنف بخلافه ولقائل ان يقول قد ذكرتم ان الاصل مشتمل على معنى معقول ومعنى غير معقول
وعديتم غير المعقول تبعا للمعقول لئلا يلزم التغير المفسد لتعدية المعقول فهلا تركتم تعدية المعقول وجعلتم المعقول تبعا له في ذلك
والجواب من وجهين احدهما ان الاول معقول كما ذكرنا ومشروع بلا عين الشرع حدثا والثاني مشروع فقط فجعله تابعا للاول اولى من
عكسه لا محالة والثاني ان الشرع لما اعتبر الاول حدثا استلزم الطهارة عند تكرره وفي غسل جميع البدن كلما وجد حرج بين فاقتصر على الاعضاء
الظاهرة تيسيرا فكان الثاني من ضرورات الاول فكان تابعا له وعرف ملء الفم بما ذكر في الكتاب وهو رواية الحسن بن زياد وقيل ان
منع من الكلام فهو ملؤه والا فلا وفرق بين الملء وغيره لان الفم بما ذب فيه دليلان احدهما يقتضي كونه ظاهرا والآخر يقتضي كونه باطنا حقيقة
وحكما اما الحقيقة فلانه اذا فتح فاه يظهر واذا ضمه يبطن واما الحكم فلان الصائم اذا اخذ الماء بفيه ثم مجه لم يفسد صومه كما اذا سال
الماء على ظاهر جلده فكان ظاهرا واذا ابتلع ريقه لا يفسد صومه ايضا كما اذا انتقل من زاوية بطنه الى اخرى فكان باطنا فوفرنا على
الدليلين حكمهما فقلنا اذا كثر ينقض لانه يخرج غالبا حيث لا يقدر الانسان على ضبطه الا بكلفة فاعتبر خارجا ... عرف المصنف
ملء الفم ثم استدل عليه والتعريفات لا يستدل عليها فالجواب ان قوله لانه يخرج ظاهرا ليس دليلا لقوله وملء الفم ان يكون بحال ...

بلغ

اخره بل هو دليل لقوله وبملء الفم في القيء قال وقال زفر قليل القيء وكثيره سواء قال زفر رحمه الله لما كان الخارج من غير السبيلين حدثا
بما دل عليه من الدليل وجب ان يستوي فيه القليل والكثير كالخارج من السبيلين وهو قياس ظاهر ولقوله صلى الله عليه وسلم القلس
حدث رواه سوار بن مصعب عن زيد بن علي عن بعض آبائه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي
ووجه الاستدلال ما ذكر عن الخليل انه قال القلس ما خرج من الفم ملء الفم او دونه وانما قدم الاستدلال بالقياس على الاستدلال بالحديث
لان الخصم معترف بصحة القياس لا نزاع له فيها فكان اقطع في الالزام ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس في القطرة والقطرتين من الدم
وضوء الا ان يكون سائلا اي ليس في القطرة والقطرتين بالقوة من الدم وضوء وهو السائل فالاستثناء منقطع لان الحقيقة ليست
بمرادة لجواز ان يكون المراد منه قطر الدم من راس الجرح من غير ان يسيل الى موضع يلحقه حكم التطهير فالجواب ان هذا الجمع لا يصير
لان الاستثناء لا يخرج به عن كونه منقطعا وهو ظاهر فقوله وقول علي رضي الله عنه حين عد الاحداث جملة او دسعة تملأ الفم من
القيء استدلال بالاثر والظاهر انه قاله سماعا من النبي صلى الله عليه وسلم فصار كقوله عليه السلام وقوله واذا تعارضت الاخبار
يعني ان الاصل في الدليلين المتعارضين ان يعمل بهما ان امكن والا فيرجح احدهما ان امكن وان لم يمكن سقطا ثم ان فيهما الى القياس وان
تعارض القياسان يعمل المجتهد بايهما شاء وفي مسألتنا هذه تعارض ما رواه الشافعي من قوله صلى الله عليه وسلم قاء فلم يتوضأ وما
رواه زفر من قوله القلس حدث والعمل بهما ممكن بحمل ما رواه الشافعي على القليل وما قاله زفر على الكثير وذلك لان القيء ملء الفم من
كثرة الاكل ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان عن ذلك بمعزل وقوله والفرق بين المسلكين اي المخرج المعتاد وغيره جواب لزفر عن اعتباره
غير المعتاد بالمعتاد وقد بيناه عند قوله غير ان الخروج الى آخره فلا نعيده ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع لملأ الفم فعند ابي يوسف يعتبر اتحاد
المجلس لان له اثرا في جمع المتفرقات ولهذا اتحد الاقوال المتفرقة في النكاح والبيع وسائر العقود باتحاد المجلس وكذلك التلاوات
المتعددة لآية السجدة تتحد باتحاد المجلس وعند محمد رحمه الله يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان لان الحكم يثبت على حسب ثبوت السبب
من الصحة والفساد فيتحد باتحاده الا ترى انه اذا جرح جراحات ومات منها قبل البرء يتحد الموجب وان تخلل البرء اختلف وتفسير
الاتحاد في الغثيان ان يقيء ثانيا قبل سكون النفس عن الغثيان الاول فان سكنت ثم قاء فهو حدث جديد قوله ثم ما لا يكون حدثا لا يكون
نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ذكره في جامع الكردري وهو الصحيح وهو اختيار بعض مشايخنا
اختاره المصنف واحترز بقوله هو الصحيح عن قول محمد فانه نجس عنده واختاره بعض المشايخ احتياطا وفائدته تظهر فيما اذا اخذه
بقطنة فالقاه في الماء لا ينجس الماء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقول ابي يوسف اوفق خصوصا في حق اصحاب القروح ووجه الصحة ما ذكره في الكتاب بقوله
لانه ليس بنجس حكما حيث لم تنتقض به الطهارة ومعناه ان الخارج النجس من بدن الحي يستلزم كونه حدثا فاذا لم يكن حدثا فقد انتفى اللازم وانتفاؤه
يستلزم انتفاء الملزوم وفي كلامه نظر من وجهين احدهما ان الضمير في قوله لانه راجع الى ما لا يكون حدثا ومعنى قوله لم تنتقض به الطهارة ليس
بحدث فكان معنى كلامه لان ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما لانه ليس بحدث وهو مصادرة على المطلوب مرتين والثاني انه لا يستدل بعدم نقض الطهارة
على عدم النجاسة فيجوز ان يكون انتفاؤه لكونه غير خارج دون انتفاء الوصف الآخر والجواب عن الاول ان تقرير كلامه هكذا ما لا يكون حدثا
لا يكون نجسا لان ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما وقوله حكما اشارة الى ان النجس هو ما يحكم الشرع بنجاسته والشرع لم يحكم بنجاسته لان حكمه بالنجاسة
يستلزم كونه حدثا وليس بحدث لما دل عليه من الدليل فلا يكون نجسا وعن الثاني بان غير الخارج لا يعطى له حكم النجاسة لكونه في محله فان من صلى
وهو حامل محدثه او بيضة حال مخها دما جازت صلاته فكان انتفاء الخروج مستلزما لانتفاء النجاسة ونوقض بدم الاستحاضة والجرح السائل فانه
ليس بحدث وهو نجس واجيب بانا لا نسلم انه ليس بحدث بل هو حدث لكن لا يظهر اثره حتى يخرج الوقت وقوله وهذا اي الذي ذكرنا من انتقاض
الطهارة بملء الفم اذا قاء مرة او طعاما او ماء فان قاء بلغما يعني صرفا لا يشوبه طعام فاما ان نزل من الراس او ارتقى من الجوف والاول غير ناقض بالاتفاق
لان الراس ليس موضع النجاسة وكذا الثاني عندهما خلافا لابي يوسف له انه نجس بمجاورة ما في المعدة من النجاسة وقد خرج الى موضع يلحقه حكم
التطهير فيكون ناقضا كالطعام والصفراء ولهما ان البلغم لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض فان قيل ينتقض
ببلغم يقع في النجاسة ثم يرفع فانه يحكم بنجاسته اجيب بانه لا رواية في هذه المسألة ولئن سلم فالفرق بينهما ان البلغم ما دام في الباطن تزداد ثخانته
فيزداد لزوجة فاذا انفصل عن الباطن تقل ثخانته فيقل لزوجه واذا قل لزوجه ازدادت رقته فجاز ان تقبل النجاسة ولم يذكر ما اذا اختلط البلغم
بالطعام قالوا تعتبر فيه الغلبة فان كان الطعام غالبا نقض كالدم والا فلا وان قاء دما فاما ان يكون متجمدا وهو العلق او مائعا فان كان الاول
يعتبر فيه ملء الفم لانه سوداء محترقة وهي تخرج من المعدة والخارج منها حدث اذا كان ملء الفم وان كان الثاني فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه قيل
وهي خمسة الطعام والماء والمرة والصفراء والسوداء وعندهما ان سال بقوة نفسه نقض وان قل لان المعدة ليست محلا للدم فيكون من قرحة في الجوف
ظاهرا فيعتبر بالخارج من القرحة الظاهرة والمعتبر هناك السيلان فكذلك ههنا ذكر في مبسوط شيخ الاسلام ان قول ابي يوسف في هذه المسألة مضطرب
منهم من جعله مع محمد ومنهم من جعله مع ابي حنيفة واختاره المصنف وقوله ولو نزل اي الدم من الراس الى ما لان اي الذي لان من الانف يعني المارن فان قيل حكم
هذه المسألة قد علم من قوله في اول الفصل والدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم التطهير فكان ذكره تكرارا اجيب
بان ذكره ههنا ليس لبيان حكمه لكونه معلوما من ذلك اذا وصل الدم الى قصبة الانف وانما ذكره ههنا بيانا لاتفاق اصحابنا لان عند زفر لا ينقض
بوصوله الى قصبة الانف وانما ينقض اذا وصل الى ما لان واليه اشار بقوله بالاتفاق وقوله لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير يعني بالاتفاق

لعدم الظهور قبل ذلك عند زفر رحمه الله قال والنوم مضطجعا لما فرغ من بيان نقض الوضوء بما يخرج من البدن حقيقة ذكر ما يوجب ذلك حكما والنوم
مضطجعا وهو ان يضع النايم جنبه على الارض ينقض الوضوء لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج ريح عادة والثابت عادة كالمتيقن
به الا يرى انه لو دخل المستراح ثم شك في وضوئه فانه يحكم بنقض وضوئه لان العادة جرت عند الدخول في الخلاء بالتبرز بخلاف ما اذا شك بدون الدخول
وكذا النوم متكيا اي على احد وركيه والاتكاء افتعال منه كالمعتلي الفا مهموز اللام معتد الاستعمال بدون التاء في الادغام والواو في الاصل او تكا فان
التا تبدل من الواو في افتعل وغيره لان الاتكاء يزيل مسكة اليقظة اي التماسك الذي يكون لليقظان وكذلك الاستناد الى شيء كجدار او حايط بحيث اذا ازيل
سقط وهو ليس من اصل رواية المبسوط وانما هو ما اختاره الطحاوي ولان الاسترخاء يبلغ غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه
من السقوط والروي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو لا ينتقض وضوءه بحال لان مقعده مستقر على الارض فيامن خروج شيء منه قوله بخلاف حالة القيام
والقعود والركوع والسجود في الصلاة يعني اذا كان على هيئة سجود الصلاة من تجافي البطن عن الفخذ وعدم افتراش الذراعين اما اذا كان
بخلافه فينتقض وقوله في غيرها هو الصحيح احترازا عما ذكر ابن شجاع انه لا يكون حدثا في هذه الاحوال في اذا كان في الصلاة فاما اذا كان خارج
الصلاة فهو حدث والذي صحح هو ظاهر الرواية لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء واذا لم يتم لم يكن النوم في هذه الاحوال
سببا لخروج شيء عادة فلا يقام مقامه لان السبب انما يقام مقام المسبب اذا كان غالب الوجود بذلك السبب اما اذا لم يغلب فلا لانه يقع الشك
في وجود الحدث والوضوء كان ثابتا باليقين فلا يزال بالشك والاصل فيه اي في كون النوم غير ناقض للوضوء في هذه الاحوال قوله صلى الله عليه وسلم
لا وضوء على من نام قاعدا او قائما او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله رواه الترمذي مسندا الى
ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل هذا الحديث غير صحيح لان مداره على ابي العالية وهو ضعيف عند النقلة روي عن ابن سيرين
انه قال حدث عمن شيت الا عن ابي العالية فانه لا يبالي عمن اخذ اي لا يبالي الراوي عن كل احد اجيب بان ابا العالية ثقة نقل عنه الثقات
كالحسن وابراهيم النخعي والشعبي رحمهم الله وكونه لا يبالي عمن اخذ يؤثر في المرسل دون ما سنده وقد اسند هذا الحديث الى ابن عباس رضي
الله عنهما ووجه التمسك من هذا الحديث من اوجه الاول نفي الوضوء عمن نام قائما او راكعا والثاني اثباته على من نام مضطجعا مؤكدا بانما فان قيل انما
للحصر والحصر ههنا لا الوضوء لم ينحصر على من نام مضطجعا بل هو واجب على المستند والمتكي ايضا اجيب بانا لا نسلم انه للحصر بل هو لتاكيد الاثبات
ولئن سلمنا فصيغة افادت الحصر في المضطجع والمتكي والمستند يلحقان به بطريق الدلالة والثالث التعليل وهو قوله فانه اذا نام استرخت مفاصله
فانه يدل على عدم وجوب الوضوء على من نام قائما او راكعا او ساجدا لعدم الاسترخاء وعلى وجوبه على المضطجع ومن هو بمعناه لوجوده فيه قيل
معنى قوله استرخت مفاصله بلغ الاسترخاء نهايته لان اصل الاسترخاء يوجد فيمن نام قائما فحينئذ يتناقض اول الحديث واخره بما يشير اليه هذا قوله
من قبل لان بعض الاستمساك باق وقوله فلا يتم الاسترخاء والغلبة على العقل بالاغماء والجنون امر فوع عطفا على قوله والغلبة والجر خطا لان العقل في
الاغماء مغلوب وفي الجنون مسلوب ولهذا جاز الاغماء على الانبياء دون الجنون والاغماء ضرب مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى وسببه امتلاء بطون الدماغ
من بلغم غليظ وقوله لانه اي لان كل واحد من الاغماء والجنون فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء لان النايم ينتبه بالتنبيه دونهما والاغماء حدث في
الاحوال كلها يعني حال القيام والقعود والركوع والسجود لوجود الاسترخاء وهو القياس في النوم لزوال المقعد عن الارض ووجود اصل الاسترخاء ولكن
تركنا هذا القياس في النوم بقوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء على من نام قائما الحديث والاغماء فوقه من كل ما كان عليه ولا يلحق به دلالة اذ لا يلزم من ان
لا يكون ادنى العقلة ناقضا ان لا يكون اعلاها ناقضا والسكر اذا حصل به في المشية مايل كالاغماء قيل ولم يعلل المصنف للجنون ومن المشايخ من علله
بغلبة الاسترخاء ورد بان الجنون قد يكون اوثى من الصحيح والاولى ان يقال انه ناقض باعتبار عدم مبالاته وتمييز الحدث من غيره قوله والقهقهة في كل صلاة
ذات ركوع وسجود احترازا عن صلاة الجنازة وكلامه واضح ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الا من ضحك منكم الحديث رواه ابو حنيفة عن منصور بن زاذان
عن الحسن عن معبد الجهني ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي واصحابه خلفه فجاء اعرابي وفي بصره سوء اي ضعف فوقع في ركية فضحك بعض اصحابه
فلما فرغ من صلاته قال الا من ضحك منكم الحديث ورواه اسامة ابن زيد عن ابيه ورواه ابو العالية مرسلا ومسندا الى ابي موسى الاشعري رضي الله
عنه ومثله اي مثل هذا الحديث الذي عمل به الصحابة والتابعون لو كان راويه معروفا بالفقه والتقدم في الاجتهاد كابي موسى رضي الله عنه
يترك القياس قيل التمسك به لا يصح لانه لم يكن في مسجد النبي عليه السلام ركية فكان موضوعا واجيب بانه ليس في خبر الجهني انه كان يصلي في المسجد
فيجوز ان يكون في الموضع الذي كان يصلي فيه ركية وراوي المسند كابي موسى واسامة ثقة وهو مثبت فهو اولى وقيل لا يصح من وجه اخر وهو انه لا
يتوهم على اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الضحك في الصلاة قهقهة والذين كانوا خلفه اصحابه واجيب بانه كان يصلي خلفه الصحابة وغيرهم
من المنافقين والاعراب الجهال وهذا من باب حسن الظن بهم رضي الله عنهم والافليس الضحك كبيرة وهم ليسوا من الصغاير بمعصومين ولا عن الكباير
على تقدير كونه كبيرة قوله والاثر ورد في صلاة مطلقة اي كاملة فيقتصر عليها فلا يتعدى الى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وصلاة الصبي وصلاة الباني
بعد الوضوء على احدى الروايتين وصلاة النايم فان الوضوء لا يعاد في جميع ذلك وفرق بين القهقهة والضحك وهو واضح ولم يذكر التبسم لانه
ليس بمفسد للصلاة ولا للوضوء فليس له ههنا مدخل قال جابر بن عبد الله رضي الله عنه ما رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم الا التبسم ولو في الصلاة
قال والدابة تخرج من الدبر تنقض الوضوء الدودة التي تنشا في البطن اذا خرجت من الدبر نقضت الوضوء والتي تنشا في الجرح اذا خرجت منه
او لحم سقط منه لم ينقض لان نفس الدودة ليست بنجسة ولهذا لو غسلت جازت الصلاة معها فلم يبق من النجس الا ما عليها وذلك قليل وهو حدث
في السبيلين دون غيرهما فاشبه الخارج من الجرح الجشا في عدم النقض والخارج من الدبر الفسا في نقض الوضوء به قيل انما فسر الدابة بالدودة

لان

لان الدابة ما تدب على الارض فربما يتوهم ان المراد بها ما يدخل الجرح كالذباب فيخرج منه فانه لا ينقض فسره بذلك وقيل قد تقدم في كلام
المصنف انما لا يكون حدثا لا يكون نجسا هو الصحيح وقال ههنا لان النجس ما عليها وذلك تناقض واجيب بان ما تقدم كان على قول ابي يوسف
ويجوز ان يكون هذا على قول محمد او اطلق النجس بطريق الغرض يعني لو كان ثمة نجس فهو ما عليها لم يستقم في الجرح لان ما لا يكون حدثا لا يكون
نجسا وهو ليس بحدث في الجرح فلا يكون نجسا وان كان على هذا الوجه لكن لم يكن نجسا ما عليها فلا يكون نجسا لم يستقم في الدبر لانه نجس
وحدث والاول صواب ويجوز ان يقال اطلق النجس على ما خرج من الجرح بطريق ان كله فانه لما كان بالنسبة الى الدبر نجسا ذكر في الجرح
بلفظ النجس قوله بخلاف الريح الخارجة من قبل المراة متصل بالفسا يعني انه ناقض بخلاف الريح الخارجة من قبل المراة وذكر الرجل لانها
لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة وهي التي صار سبيلاها واحدا يستحب لها الوضوء لاحتمال ان يكون فساء واختلف في ان
عين الريح نجس ام تتنجس بمرورها على النجاسة وثمرته تظهر فيما لو خرج منه الريح وعليه سراويل مبتلة فمن قال بنجاسة عينها قال بتنجس
السراويل ومن قال بطهارة عينها لم يقل به كما لو مر الريح بنجاسة ثم مرت بثوب مبتل ثم فانه لا يتنجس به قيل اذا كان الخروج من الدبر محتملا
ينبغي ان يكون الوضوء واجبا واجيب بان كونها منه متوهم بيقين واليقين لا يزول بالمحتمل كما لو شك في الحدث وقال ابو حفص الكبير
يجب عليها الوضوء وهو رواية هشام عن محمد رحمه الله وقيل ان كانت منتنة يجب والا فلا وقوله فان قشرت نفطة قشرت اي نزع بها الجلد الثلاث
وهي بثر تخرج باليد ملأى ماء من قولهم انتفط فلان اي امتلأ غضبا فاذا قشرت فاما ان سيل الماء عن راس الجرح اولا وسماه قيحا لان القيح ماء
له فان كان الاول نقض وان كان الثاني لم ينقض وانما عاد هذه المسألة وان كانت تعلم مما تقدم ليعلم الفرق بين الخارج والمخرج او ليعلم
ان حكم غير الدم لم يذكر من قبل فربما كان يتوهم ان ما ليس كغيره وهذه الجملة يعني قوله ما او صديدا او غيرها وقوله هذا اي الذي
ذكرناه اذا سال نقض انما هو اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره ولو لم يعصرها لم يخرج لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج لان
وهذا اختيار بعض مشايخنا اختاره المصنف وقال غيرهم نقض قال بعض الشارحين وهذا هو المختار عندي لان الخروج لازم الاخراج
ولا بد من وجود اللازم عند وجود الملزوم وفيه نظر لان الاخراج ليس بمنصوص عليه وان كان يستلزمه فكان ثبوته غير قصدي ولا
معتبر به [illegible] معنى الغسل في اللغة ظاهر وقد تقدم تعريفه بانه طايفة من المسايل الفقهية تغيرت احكامها
بالنسبة الى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب فان وصل الى ما بعده نونا والا فلا وانما فصل الغسل بعد الوضوء لان الحاجة الى
الوضوء اكثر ولان محل الوضوء جزء البدن ومحل الغسل كله والجزء قبل الكل او اقتداء بكتاب الله فانه وقع على هذا الترتيب والفرض
بمعنى المفروض والواو في قوله وفرض الغسل اما للاستيناف واما واو المختصر للعطف على قوله فرض الوضوء والغسل اسم من الاغتسال
وهو اسم غسل تمام الجسد وقوله وغسل ساير البدن اي الباقي وقوله عليه السلام عشر من الفطرة اي السنة قيل خمس منها في الراس وخمس
في الجسد الذي في الراس الفرق والسواك والمضمضة والاستنشاق وقص الشارب والتي في الجسد الختان وحلق العانة ونتف الابط
وتقليم الاظفار والاستنجاء بالماء والجنب قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والجنب يستوي فيه الواحد والجمع والمذكر والمؤنث لانه اسم
جرى مجرى المصدر الذي هو الاجناب وقوله فاطهروا اي اغسلوا ابدانكم على وجه المبالغة وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان
ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج عن الارادة كداخل العينين لما في غسلهما من الضرر والاذى ولهذا اسقط غسلهما عن حقيقة النجاسة بان
كحل عينيه بكحل نجس والمضمضة والاستنشاق لا تعذر فيهما ولهذا افترض غسلهما عن النجاسة الحقيقية فيفترض ايضا في الجنابة
قوله بخلاف الوضوء جواب عن قياس الشافعي الغسل بالوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه لا جميع البدن والمواجهة فيهما اي في محلي
المضمضة والاستنشاق معدومة وقوله والمراد بما روي جواب عن حديث الشافعي بحمله على الوضوء بدليل ما روي ابن عباس وجابر
رضي الله عنهم انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء قال وسنته ان يبدا المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل نجاسة ان كانت على
بدنه قال في النهاية وهو منقول عن الامام حميد الدين الضرير رحمه الله وانه اصح وفي بعض النسخ النجاسة وليس بصحيح لان لام التعريف
اما ان تكون للعهد او الجنس لا وجه للاول لان كلمة ان كانت تابى معنى العهد يقتضي التقرر اما ذكرا او علما ولا وجه للثاني لان كون النجاسات كلها في
بدنه محالة واقلها وهو الذي لا يتجزى غير مراد ايضا لانه علل ذلك في الكتاب بقوله كيلا تزداد باصابة الماء وهذا القليل الذي ذكرناه
لا يزداد عند اصابة الماء ثم قال الا ان الرواية بالالف واللام قد ثبتت بالنسخ فوجهه ان يحمل على تحسين النظم وقال بعض الشارحين انما ينفي
التنكير اذا انحصر اللام في التعريفين وليس كذلك لجواز ان يكون اللام لتعريف الماهية وليس بشيء لان الماهية من حيث هي لا توجد في
الخارج فاما ان توجد في الاقل او غيره وذلك فاسد كما مر وقوله ثم يتوضا وضوءه للصلاة الا رجليه احترازا عما روى الحسن بن زياد عن ابي
حنيفة انه لا يجب يتوضا ولا يمسح راسه لانه لا فايدة فيه لوجود اسالة الماء من بعد وذلك يعدم معنى المسح بخلاف ساير الاعضاء لان
التسييل هو الموجود فلم يكن التسييل من بعد معدما له وقيل انما قال ذلك دفعا لما يتوهم ان المراد بالوضوء غسل اليدين الى الرسغين
فانه قد يسمى وضوءا وقوله ويبدا بازالة النجاسة تكرار واعادة لبيان التعليل والظاهر انه اراد بها النجاسة المعهودة في ذلك الحال وهو
المني الرطب فانه ميمونة رضي الله عنها قالت توضا رسول الله صلى الله عليه وسلم وضوءه للصلاة غير رجليه وغسل فرجه وما اصابه من الاذى
وقوله وليس على المراة ههنا امر ان تنقض الضفاير وبلها اما نقضها فليس بواجب اذا بلغ الماء اصول الشعر بالاتفاق لقوله صلى الله عليه وسلم
لام سلمة حين قالت يا رسول الله اني امراة اشد ضفر راسي افانقضه اذا اغتسلت انما يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك لا يقال خبر واحد فلا
يجوز به الزيادة على قوله تعالى فاطهروا لان الشعر ليس من كل وجه ببدنها والامر بالتطهير لها ولان مواضع الضرورة مستثناة كداخل العينين

واما بدونها فكذلك في الصحيح لما فيه من الحرج وقوله في الصحيح احتراز عما روي الحسن عن ابي حنيفة انها تبل ذوايبها ثلثا مع كل بله عصره لتبلغ الماء شعب قرونها بخلاف اللحية فانه لا حرج في ايصال الماء الي اثنايها وفي تخصيص المراة اشاره الي ان حكم الرجل بخلافها قال في المبسوط الرجل اذا ظفر شعره كما يفعله العلويون والاتراك هل يجب ايصال الماء الي اثنا الشعر ظاهر الحديث يدل علي انه لا يجب وذكر الصدر الشهيد انه يجب قال والمعاني الموجبه للغسل اي العلل الموجبه واختار لفظ المعاني لما تقدم في الوضوء قال في النهاية هذه معان موجبه للجنابه لا الغسل فانها تنقضه فكيف توجبه وذكر في مبسوط شيخ الاسلام سبب وجوب الاغتسال ارادة ما لا يحل فعله بسبب الجنابه عند عامة المشايخ وورد بان الغسل يجب اذا وجد احد المعاني المذكوره سوا وجدت الاراده ام لم توجد وفيه نظر وعند بعضهم السبب الجنابه واورد عليه الحيض والنفاس ولو ريد بها المعاني لا ندفع وعلي هذا يكون المعاني الموجبه علة العله وقوله انزال المني علي وجه الدفق والشهوة قيل هذا اللفظ باطلاقه مستقيم علي قول ابي يوسف لاشتراطه الدفق والشهوة حال الخروج ولا يستقيم علي قولهما لانهما ما اشترطا الدفق عند الخروج حتي قالا يجب الغسل اذا زايل المني عن مكانه عن شهوة وان خرج بغير دفق ورد بانه مستقيم علي قولهم فان خروج المني علي هذا الوجه يوجب الغسل بالاتفاق واما ان يجب الغسل اذا زايل المني عن مكانه عن شهوة وان خرج من غير دفق فليس في كلام المصنف ما ينافيه ولا يحصره علي الاول وهذا جيد لكن كلام المصنف يوهم ترك بعض موجباته عندهما في موضع بيانها ولهذا يتبين قوله ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد الي اخره بعض بيان وقال الشافعي رحمه الله خروج المني كيف ما كان يعني سوا كان بشهوه او بحمل ثقيل او سقطه من مكان مرتفع او غير ذلك او غير ذلك يوجب الغسل لقوله صلي الله عليه وسلم الما من الما اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب لقوله تعالي وان كنتم جنبا فاطهروا والجنب في اللغة من خرج منه المني علي وجه الشهوة وغيره ليس في معناه فلا يقاس عليه ولا يلحق به وقوله من المراة قيل انما ذكره ليخرج قضا شهوة المني المبطن فان قاضيها لا يسمي جنبا وقيل ذكره اتفاقا لوجوبه علي المحتلم وقيل الجنابه في اللغه موضوعة لذلك والمحتلم وجب عليه الغسل بحديث ام سليم في بعض الفاظها انها سالت النبي صلي الله عليه وسلم عن المراة تري في منامها مثل ما يري الرجل فقال عليه السلام اتجد لذلك لذه قالت نعم قال عليه السلام فلتغتسل والحديث يعني قوله الما من الما محمول علي خروج المني عن شهوة توفيقا بين الادلة ولان قوله من الما يتناول المذي والودي وليس ثم غسل بالاجماع فيراد به الخصوص ويحمل علي حالة الشهوة بحديث ام سليم وقوله تظهر فيما سكت ذكره بالانفصال بشهوة عن مكانه حتي سكنت الشهوة ثم نزل حتي خرج المني من احليله بلا شهوه لا يجب عنده خلافا لهما هو قاس الخروج بالمزايله بجامع تعلق الغسل بهما ولهما انه مني وجب من وجه معناه انا ذكرنا ان للشهوة مدخلا في وجوب الغسل وقد وجدت في حالة وهو الانفصال دون الاخري وهو الخروج فبالنظر الي الاول يجب وبالنظر الي الثاني لا يجب والباب باب العباده فيوجه احتياطا وقد وقع في النهاية في بيان ذلك ان الخروج علي وجه الشهوة قد وجد والظاهر انه سهو لانه لو كان كذلك لا رتفع النزاع فان قيل دار الغسل بين الوجوب وعدمه فلا يجب كما اذا خرج الريح من المفضاه اجيب بان جهة الوجوب ههنا راجحه لان الوجوب اصل اذ الخروج بنا علي المزايله بالشهوة وعدم الخروج بالشهوة بعد المزايله من العوارض النادر فلا يعتبر به وقيل قوله قياس وقولهما استحسان والخايف من الريبه ياخذ بقول ابي يوسف وقوله والتقا الختانين الختان موضع القطع من الذكر والانثي ومن عادتهم اختتان الانثي وقوله من غير انزال ليس بشرط لوجوب الغسل لانه لو انزل لوجب بالاجماع وانما ذكره نفيا لقول الانصار رضي الله عنهم فانهم قالوا لا يجب الاغتسال بالاكسال واستدلوا بقوله صلي الله عليه وسلم الما من الما ولنا قوله صلي الله عليه وسلم اذا التقي الختانان وتوارت الحشفه وجب الغسل انزل او لم ينزل وهذا مفسر في هذا المعني لا يقبل التاويل ولا منافاة بين الحديثين فيعمل بكل واحد منهما ونقول الجنابه تثبت بانفصال المني عن شهوة بقوله الما من الما كما ذكرنا من تاويله وبالايلاج في الادمي بقوله اذا التقي الختانان الحديث وقد قررنا هذا الحديث في التقرير بتاييد الله في قوله وتوارت الحشفه اشاره الي ان مجرد التلاقي لا يوجبه ولكنه يوجب الوضوء عندهما خلافا لمحمد والحشفه ما فوق الختان من راس الذكر وقوله ولانه سبب الانزال بيانه ان الشي الذي يترتب عليه حكم اذا كان خفيا وله سبب ظاهر مقام ذلك الامر الخفي ويرتب عليه الحكم وههنا التقا الختانين سبب للانزال ونفس الانزال الذي ترتب عليه الغسل يتغيب عن بصر المنزل وقد يخفي الانزال لقلة المني فيقام الالتقا مقام الانزال كما في السفر مع المشقة التي يترتب عليها القصر في السفر والالتقا مجاز للايلاج لانه سببه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببيه حتي ان الفسقه يرجحون قضا الشهوة من الدبر علي قضا الشهوة من القبل لما يدعون فيه من اللين والحرارة والضيق وعن هذا ذهب بعضهم الي انه مداة الامرد في الصلاة تفسد صلاة غيره كالمراة ويجب علي المفعول به احتياطا اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالي فلانه يحتاط في الحديثين فيتركه ويحتاط في الغسل فيوجبه والاحتياط في كلا بابيه بما يناسبه وقوله بخلاف البهيمه وما دون الفرج متصل بقوله فيقام مقامه اي يقام سبب الانزال مقامه في السبيلين في الادمي بخلاف البهيمه فانه لا يجب فيها الغسل بمجرد الايلاج من غير انزال وبخلاف ما دون الايلاج الفرج وهو التفخيذ والتبطين فانه لا يجب فيه الغسل ايضا لنقصان السببيه الدائم ينزل قال والحيض الحائض لقوله تعالي حتي يطهرن اختلف الشارحون في تفسير كلامه فمنهم من حمله علي ظاهره وقال نفس الحيض يوجب الغسل لانه في معني الجنابه من حيث الكل المنع عن الصلاة والقراة ودخول المسجد ومنهم من حمل علي ان معناه انقطاع الحيض موجب الغسل لانه لا يجب الا عند انقطاعه وقال لانه يلائم ومنهم من حمل علي معناه ان الخروج عن الحيض يوجب الغسل لان الحيض ما دام باقيا لا يجب الغسل والخروج عن الحيض مستلزم له فوجد الاتصال فصحت الاستعارة وعزي هذا الي الامام حميد الدين اي الكل نظرا ما في الاول فلان الحيض اسم لدم مخصوص وقد تقدم ان

طهر والطهر لا يوجب الاطهارات والملازمة بينهما ممنوعه لوجود الحيض قبل الانقطاع صح

ان الجوهر لا يصلح ان يكون سببا للمعني واما في الثاني فلان الانقطاع موجود الانقطاع بعده فكان احدهما منفكا عن الاخر فلا ملازمة بينهما علي ان قوله لا يجب الا عند انقطاعه يفيد الشرطيه لا العليه وكذا الخروج عن الحيض عبارة عن انقطاعه فيرد عليه مثل ما ورد علي ذلك ويجوز ان يقال معناه خروج الحيض وهو الدم المخصوص يوجب الغسل لما تقدم ان خروج النجس من بدن الانسان يوجب تطهير جميع البدن واكتفي بالاعضا الاربعه فيما كثر وقوعه دفعا للحرج ووقوع الحيض ليس بكثير فبقي علي الاصل كخروج المني فكان مجازا بالحذف من باب واسال القرية اذ لا يلبس ان نفس الدم لا يوجب شيا ووجه التمسك بقوله تعالي حتي يطهرن بالتشديد علي وجوب الاغتسال اما بالنسبة الي القربان فلانه تعالي غيا حرمة القربان الذي كان حلالا الي الاغتسال فينبغي ان ينتهي الحرمه به ويكون مامورا به والا كانت الحرمه مويده وفي ذلك نقض لما شرعه بقوله فاذا تطهرن فاتوهن من حيث امركم الله وبقوله فاتوا حرثكم اني شيتم واما بالنسبه الي الاغتسال فلان الاغتسال لما صار شرط الحل القربان بهذه الاية مع ان الطهارة ليست بشرط لحل القربان لما سوي الحيض والنفاس في صورة من الصور فلان يشترط الاغتسال لحل الصلاة والحال انها شرط لها عن جميع النجاسات الحقيقيه والحكميه واي اولي واما النفاس فانما وجب الاغتسال فيه بالاجماع قوله وسن رسول الله صلي الله عليه وسلم بيان الغسل المسنون تخصيص الحذوري علي السنه يعني في هذه الاربعة وقد قيل ان هذه الاربعة مستحبه يدل علي ذلك تسمية الغسل يوم الجمعه في الاصل حسنا وهو اقوام حيث ذهب الي وجوب مالك لقوله عليه السلام من اتي منكم الجمعه فليغتسل رواه ابن عمر رضي الله عنهما ولنا قوله صلي الله عليه وسلم من توضا يوم الجمعه فبها ونعمت ومن اغتسل فهو افضل رواه سمره بن جندب يحمل ما رواه مالك علي الاستحباب توفيقا بينهما او علي النسخ بدليل ما روي عن عايشه وابن عباس رضي الله عنهما انهما قالا كان الناس عمال انفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون منه والمسجد قريب السمك فكان يتادي بعضهم برايحة بعض فامروا بالاغتسال ثم نسخ حين لبسوا غير الصوف وتركوا العمل بايديهم وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الحسن فانه يقول غسل يوم الجمعه لليوم اظهارا لفضيلته قال عليه السلام سيد الايام يوم الجمعه معني قوله لزيادة فضيلتها انها تودي بجمع عظيم فلها من الفضيله ما ليس لغيرها وسيادة اليوم باعتبار وقوع هذه الصلاة فيه وفايدة الاختلاف تظهر فيمن اغتسل يوم الجمعه ثم احدث فتوضا وصلي الجمعه فانه ليس بمقيم للسنه عند ابي يوسف خلافا للحسن وفي وقع في بعض الروايات ذكر محمد في موضع الحسن بن زياد والعيدان بمنزلة الجمعه لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتادي بالرايحه واما في عرفه والاحرام فسنبينه في المناسك ان شا الله تعالي وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضو لقوله صلي الله عليه وسلم كل فحل يمذي وفيه الوضوء رواه ابو داود باسناد صحيح فان قيل اذا كان الواجب الوضوء كان الواجب ان يذكرها في فصل الوضوء اجيب بانها يشبهان المني فذكرهما في فصل الغسل والاوجه ان يقال انما ذكرهما ههنا لان احمد رحمه الله يقول بوجوب الغسل في رواية فذكرهما ههنا نفيا لما قاله فان قيل اذا كان حكمه الوضوء كان ذكره مستغني عنه بالكليه لانه علم من قوله كل ما خرج من السبيلين اجيب بان ذكره للتاكيد وقيل ذكره تصريحا بالنفي لقول مالك رحمه الله فانه لا يقول بوجوب الوضوء بها فان قيل نقض الوضوء بالودي غير مقصور علي التفسير المذكور في الكتاب لانه انما يخرج علي اثر البول وقد وجب الوضوء بالبول فلا يجب بالودي بعده اجيب بان وجوبه منها انه اذا بال فتوضا ثم ادي فانه يجب عليه الوضوء ومنها ان من به سلس البول اذا توضا للبول ثم ودي حال بقا الوقت تنتقض طهارته ومنها ان الوضوء يجب في الودي لو تصور الانتقاض به وفيه ضعف والتفسير ما ثور عن عايشة رضي الله عنها وانما اراد بها مني الرجل خاصة لان مني المراة ليس بخاثر او لا ابيض وانما هو رقيق اصفر كما جا في الحديث وليس ينكسر منه الذكر والتوصيف لها في مني الرجل والمراة انه يقال ماء دافق يخرج من بين صلب الرجل وترايب المراة [illegible] ومعني الباب في اللغة النوع وقد يعرف بانه طايفة من المسايل الفقهيه اشتملت عليها كتاب ولقبه بباب كذا ولما فرغ من بيان الطهارتين ذكر ما يحصل به الطهارة وهو الماء المطلق الطهارة من الاحداث غليظا كان او خفيفا جايزة بماء السما والاودية والعيون والابار وماء البحر لقوله تعالي وانزلنا من السما ماء طهورا وقوله عليه الصلاة والسلام الماء طهور لا ينجسه شي الا ما غير [illegible] وجه التمسك ان الله تعالي ذكر الماء في الاية مطلقا والمطلق ما يتعرض للذات دون الصفات ومطلق الاسم ينطلق علي هذه المياه لا يقال الاية تدل علي ان الماء المنزل من السماء طهور وليس غير المطر منزلا من السماء لان الله تعالي قال الم تر ان الله انزل من السماء ماء فسلكه ينابيع في الارض وقال انزل من السماء ماء فسالت اودية بقدرها وسياتي الكلام علي الحديث وذكر الاحداث ليس للتخصيص لان الطهارة من الخبث ايضا تحصل بهذه المياه لكن لما كان المقصود ما يحصل به الوضوء ذكر ذلك ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق لانه عند الاطلاق الماء لا ينطلق عليه وتحقيق ذلك انا لو فرضنا في بيت انسان ماء بير او بحر او عين وما اعتصر من شجر او ثمر فقال هات ماء لا يسبق الي ذهن المخاطب الا الاول ولا نعني بالمطلق الا هذا والمقيد الاهذا والحكم وهو الطهارة عند فقده اي فقد الماء المطلق منقول الي التيمم قال الله تعالي فلم تجدوا ماء فتيمموا والوظيفة الي اخره جواب عما يقال الماء المعتصر من الشجر والثمر ما لم يكن ماء مطلقا لكنه في معناه في الازالة فيلحق بالمطلق ووجهه ان الوظيفه في هذه تعبديه لا يتعدي الي غير المنصوص عليه ومعناه ان شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا به عن القياس وليس فيما نحن فيه كذلك فلا يصح القياس بخلاف ازالة النجاسة الحقيقيه فانها معقول المعني لو جوبا حسابها فيها الالحاق علي قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولقايل ان يقول هب انه لا يمكن التعدية بطريق القياس فليلحق بطريق الدلالة فان كونه معقولا ليس بشرط فيها والجواب ان ساير المايعات ليس في معني الماء من كل وجه لان الماء مبيد ولا عادة لا يباع بخلاف ساير المايعات ليس كذلك فان قلت فكيف الحقته به في النجاسة الحقيقيه قلت قياسا لا دلالة لانه معقول المعني فان قلت من شرط الدلالة ان يكون الملحق في معني الاصل

في الوصف الذي هو مناط الحكم من كل وجه لا غير والوصف فيما نحن فيه جواز ازالة النجاسة والماوالي بيرسيال في ذلك وكون الما مبد ولا لا مدخل له في ذلك
قلنا انما سيان في ازالة النجاسة الحقيقيه او مطلقا والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع ... في الكتاب يعني مختصر القدوري ...
فاخرجه عن طبع الما كالتغيير لقوله غلب عليه غيره ... كالاشربه اي اذا اراد بها الاشربه المتخذه من الشجر كشراب الرمان والحماض وبا على الحكم الحا حق
كانا من نظير المعتصر من الشجر والثمر وكان الباقلي والمرق نظير الما الذي غلب عليه فكان فيه منعه اللف والنشر وان اراد الاشربه الحلو المخلوط
بالما والدبس والشهد المخلوط به ومن الخل الخل المخلوط بالما كانت الاربعة الماكلها نظير الما الذي غلب غيره والباقلا اذا شدد اللام فهو مقصو
واذا خففت تمد ودوا اما الزردج ما يخرج من العصفر ... ما تغير بالطبخ قيل المراد بالتغير الثخونة فانه يصير مرقا ... فغير احد اوصافه
التي هي اللون والطعم والريح اشاره الي انه اذا تغير الوصفين لا يجوز التوضي به قال في النهاية لكن المنقول من الاساتذه انه يجوز حتى ان اوراق
الاشجار وقت الخريف تقع في الحياض فيتغير لونها ماوها من حيث اللون والطعم والرايحة ثم انهم يتوضون منها من غير نكير وكذا اشارة في شرح الطحاوي
اليه ولكن شرطه ان يكون باقيا على رقته اما اذا غلب عليه غيره وصار به ثخينا فلا يجوز فان قيل قد تقدم من قول النبي صلى الله عليه وسلم الا ما غير لونه
او طعمه او ريحه وذلك يقتضي عدم جواز التوضي بها والمروي عند تغير احد الاوصاف اجيب بان معنى قوله عليه السلام لا ينجسه شي نجس وكلامنا
في المختلط الطاهر ... وقوله اي في المختصر ما الزردج مجرى المرق اي في عدم جواز التوضي بها والمروي عن ابي يوسف انه بمنزلة ما الزعفران
وسنذكر حكمه ... هو الصحيح لانه خالطه طاهر فغير احد اوصافه كما الزعفران واعلم ان ما ذكر في المختصر ان كان على الاطلاق كما يفهم من ظاهر
لفظه كان بين رواية المختصر والمروي عن ابي يوسف لا وقوله وقال الشافعي كما هو ... واضافته الى الزعفران كاضافته الى البير يعني انها
للتعريف لا للتقييد والفرق بينهما ان المضاف اذا لم يكن خارجا من المضاف اليه بالعلاج فالاضافه للتعريف وما الزعفران وما البير والعين
من هذا القبيل وان كان خارجا منه فهي للتقييد كما الورد وغيره مما تقدم فيبقى الاعتبار للخلط ويعتبر فيه الغلبة بالاجزا فان كانت اجزا الما غالبة
ويعلم ذلك ببقايه على رقته جاز الوضو به وان كانت اجزا المخلوط غالبة بان صار ثخينا زال عنه رقته الاصلية لم يجز ... هو الصحيح
لقول محمد فانه يعتبر الغلبه بتغير اللون والطعم وبيان ذلك ما قيل الطاهر المختلط بالما اما ان يكون لونه كلون الما او لا فان كان الثاني كاللبن
والزعفران والعصفر فالعبرة للون فان غلب لون الما جاز الوضو به وان غلب لم يجز وان كان الاول كالبطيخ والاشجار فالعبرة للطعم على ما ذكر
وان لم يكن لطعم فالعبرة لكثرة الاجزا وانما كان الاول صحيحا لان الغلبة بالاجزا غلبه حقيقه اذ وجود الشي المركب باجزايه فكان اعتبارها اولى
... بعد ما خلط به غيره اي قيده به لان الما اذا طبخ وحده وتغير به جاز الوضو به ... الا اذا طبخ فيه استثنا من قوله لا يجوز التوضي به واحتج
بذلك لان السنه وردت به في غسل الموتى بالما الذي اغلي بالسدر الا اذا صار غليظا لا يمكن تسييله على العضو لزوال اسم الما عنه قال وكل ما وقعت فيه
النجاسة لا يجوز الوضو به اراد بالما ما لا يكون جاريا ولا في حكمه وهو الغدير العظيم لذكره ذلك بعد هذا وقد وقع في بعض نسخ الهداية قليلا كان
النجاسة او كثيرا او في بعضها قليلا كان او كثيرا وهو لفظ المختصر وتوجيه الاولى ان يقال النسبة فعيلا بمعنى فاعل فالتعيل بمعنى مفعول اي حذف
علامة التانيث كما في قوله تعالى ان رحمة الله قريب من المحسنين وفي قوله قليلا احتراز عن قول مالك فانه لا ينجس الما عنده اذا لم يتغير احد اوصافه ...
كثير امستدرك لان قليل النجاسة اذا كان مانعا فالكثير اولى وتوجيه الثانية الما الراكد قليلا كان او كثيرا اذا وقعت فيه نجاسة لا يجوز الوضو به
والقليل هو ما يكفي للوضو والغسل كذا قيل وقوله قليلا احترازا عن قول مالك ... وهو كثيرا احترازا عن قول الشافعي فانه لا يجوز الوضو بالقليل
وان وقعت فيه نجاسة ما لم يتغير احد اوصافه ويستدل بما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الما طهور لا ينجسه شي الحديث والشافعي يجوزه اذا كان الما قلتين
لقوله صلى الله عليه وسلم اذا بلغ الما قلتين لم يحمل خبثا واضطربت اقوالهم في مقدار القلة فقيل القلتان خمس قرب كل قربه خمسون منا وقيل ثلاثا ...
من تفسيرها لا اخذ به او قيل القلة جرة تحمل من اليمن تسع فيها قربتان ونحوه ولنا حديث المستيقظ من منامه وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا استيقظ
احدكم من منامه فلا يغمس يده في الاناحتى يغسلها ثلاثا ووجه التمسك به انه لما ورد النهي عن الغمس لاجل احتمال النجاسة فتحقيقة النجاسة اولى ان
يكون نجسا وقوله صلى الله عليه وسلم لا يبولن احدكم في الما الدايم ولا يغتسلن فيه من الجنابة رواه ابو هريرة وهو حجة على الفريقين اما على مالك فلانه
نهى عن الاغتسال وانه لا يغير احد اوصاف الما بيقين واما على الشافعي فلانه نهى عن البول في الما الدايم ومطلق النهي يقتضي التحريم لا سيما على مذهبه ولو لم يكن
منجسا كان كسكب الما فيه وهو ليس بمحرم ولم يفصل بين دايم ودايم فكان القلتان وغيرهما سوا لا يقال يجوز ان يكون النهي للتنزيه لان تاكيده وتقييده بالدايم ينافيه كان
في الما الدايم ومطلق النهي يقتضي التحريم لا سيما على مذهبه ولو لم يكن منجسا كسكب الما فيه وهو ليس بمحرم ولم يفصل بين دايم ودايم فكان
القلتان وغيرهما سوا لا يقال يجوز ان يكون النهي للتنزيه لان تاكيده وتقييده بالدايم ينافيه كان الما الجاري يشاركه في ذلك المعنى فان البول
كما انه ليس بادب في الما الدايم فكذلك في الجاري فلا يكون التقييد فايده وكلام ان رح مصون عن ذلك فان قيل الاستدلال باطلاق الحديث
حجة عليكم لان الغدير العظيم ما دايم فيه حال تحت الطلاقه اجيب بانه في حكم الجاري في عدم اختلاط بعضه ببعض ... والذي رواه مالك
جوابه عن حديث مالك بانه ورد في بير بضاعة وهي بكسر الباوضمها بير قديمة بالمدينة يلقى فيها الجيف ومحايض النسا فذكر ذلك لرسول الله
صلى الله عليه وسلم حين توضا منها فقال الما طهور الحديث وقد كان ماوها جاريا في البساتين يسقى منه خمس بساتين والما الجاري لا ينجس
بوقوع النجاسة فيه عندنا فان قيل العبرة لعموم اللفظ دون خصوص السبب فكيف اختص ببير بضاعة مع وجود دليل العموم فيه وهو
الالف واللام اجيب بانه ليس من باب الخصوص في شي وانما هو من باب الحمل للتوفيق فان الحديثين اذا تعارضا وجهل تاريخهما
جعلا كانهما وردا معا ثم بعد ذلك ان امكن العمل بهما يحمل كل منهما على محل وان لم يمكن يطلب الترجيح وان لم يمكن تهاترا وههنا امكن
العمل بان يحمل هذا الحديث على بير بضاعة وحديث المستيقظ وقوله عليه السلام لا يبولن احدكم الحديث على غيرها فعملنا كذلك دفعا
للتناقض ... قيل

فان قيل استدل المصنف رحمه الله في اول الباب بهذا الحديث على طهورية الما المذكورة هناك وحمله ههنا على بير بضاعة فان كان
الملام في قوله الما للجنس صح الاستدلال وبطل الحمل وان كان للعهد صح الحمل وبطل الاستدلال اجاب العلامة علا الدين عبد العزيز بان
معناه انه للجنس والاستدلال صحيح والحمل ليس بباطل لان الحديث مشتمل على قضيتين احدهما الما طهور والثانيه لا ينجسه شي
والاستدلال بالاولى لانها تفيد المقصود من غير احتياج الى الثانيه والحمل للثانيه ورد بان الضمير في لا ينجسه راجع الى ما دخل عليه
اللام فكان المراد به الجنس فكيف يصح حمله على معين واجاب بان اللفظ اذا احتمل معنيين واريد به احدهما ثم اريد بضميره
الاخر جاز ويسمى ذلك استخداما كما في قول الشاعر اذا نزل السما بارض قوم رعيناه وان كانوا غضابا وهو كلام حسن من باب قوله صلى الله
عليه وسلم هو الطهور ماوه والحل ميتته في كونه جوابا زايدا على مقدار الحاجة فان الحاجة كانت في رفع النجاسة عن بير بضاعة وكان ذلك يحصل
بقوله لا ينجسه شي الا انه زاد قوله الما طهور ويكون تقدير الكلام هذه الحقيقة من شانها التطهير وما بير بضاعة لا ينجسه شي الا ما غير لونه الى اخره
لكونه جاريا وقد يلزم ان يكون الما البالغ قلتين طاهرا اذا وقعت فيه نجاسة لوجود الدليل على طهارته نجاسته وهو حديث المستيقظ وقوله لا
يبولن احدكم الحديث وقوله وما رواه الشافعي يريد به حديث القلتين ضعفه ابو داود ومعناه لا يبقى التعلق بهذا الحديث لان في اسناده
ضعفا ضعفه ابو داود سليمان ابن الاشعث السجستاني قال حديث القلتين مما لا يثبت وهكذا قال ابن المديني استاذ محمد بن اسمعيل
البخاري رحمهما الله في كتابه بلغني باسناد لا يحضرني ذكره ومثل هذا دون المرسل وفي متنه اضطراب فانه قال في بعض الروايات اذا بلغ الما
قلتين او ثلاثا وفي بعضها اربعين قلة هكذا رواه جابر واخذ به ابراهيم النخعي والقلة في نفسها مجهولة لانها تذكر ويراد بها قامة الرجل ويراد
بها راس الجبل وتذكر ويراد بها الجرة والتعيين بقلال هجر لا يثبت بقول جريح لان جريجا ممن لا يقلد فبقي محتملا وكذلك قوله لا يحمل خبثا يحتمل ما قاله
الشافعي اي لا يقبل النجاسة ويدفعها ويحتمل اذ اقل الما حتى انتهى الى القلتين فانه يضعف عن احتمال الخبث فيتنجس واذا كان كذلك لم
يكن التمسك به صحيحا قال والما الجاري اذا وقعت فيه قال اختلف الناس في تعريف الما الجاري فمنهم من قال هو ما لا يتكرر استعماله وقيل
بانه اذا اغتسل يده وسال الما منها الى النهر فاخذه ثانيا لا يكون فيه شي من الما الاول وقيل ما يذهب بتبنه وقيل هو ما اذا كان بحيث لو وضع
رجل يده في الما عرضا ينقطع جريانه قيل والاصح ما يعده الناس جاريا وحكمه ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وقوله اذا لم ير لها اثر اي لم يبصر
لها اثر اشاره الى ان النجاسة لو كانت مرئيه لا يتوضوا من جانب الوقوع قال في المحيط اذا وقعت النجاسة في الما الجاري فان كانت غير مرئيه
كالبول لا ينجس ما لم يتغير طعمه او لونه او ريحه وان كان مرئيه كالجيفه والعذره فان كان النهر كبيرا لا يتوضا من اسفل الجانب الذي فيه الجيفه
ويتوضو من جانب اخر وان كان نهر صغيرا فان كان الما الذي يلاقي الجيفه اكثر الما فهو نجس وان كان اقل فهو طاهر وان كان النصف جاز الوضو به في الحكم والاحوط
ان لا يتوضا ... والغدير العظيم الغدير فعيل بمعنى مفعول من غدر اي ترك وهو الذي تركه ما السيل وقيل بمعنى مفاعل لانه يغدر باهله
لانقطاعه عند شدة الحاجة اليه واعلم ان اصحابنا اتفقوا على ان الما اذا خلص بعضه اي وصل الى بعض كان قليلا وان لم يخلص كان كثيرا
لا ينجس بوقوع النجاسة فيه الا ان يتغير طعمه او لونه او ريحه كالما الجاري ثم اختلفوا فيما يعرف به الخلوص فذهب المتقدمون الى انه يعرف
بالتحريك فانه اذا حرك طرف منه ولم يتحرك الجانب الاخر فهو مما لا يخلص بعضه ببعض والمراد بالتحرك هو التحرك بالارتفاع والانخفاض ساعة
تحريكه لا بعد المكث ولا معتبر بالحباب فان الما وان كثر يعلوه ويتحرك ثم اختلف هولاي في سبب التحريك فروى ابو يوسف عن ابي حنيفه رحمهما
الله انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو ان يغتسل انسان في جانب منه اغتسالا وسطا ولم يتحرك الجانب الاخر وبه اخذ ابو يوسف وروى ابو يوسف
عن ابي حنيفه انه روي يعتبر التحريك باليد لا غير وروى عن محمد رحمه الله انه يعتبر التحريك بالتوضي وجه القول الاول ما ذكره في الكتاب ان الحاجة
الى الاغتسال في الحياض اشد من الحاجة الى التوضي لان الوضو يكون في البيوت عادة ووجه الثاني ان التحريك يكون بالاغتسال وبالتوضي
وبغسل اليد الا ان اليد للتحريك بغسل اليد اخف فكان الاعتبار به اولى توسعه على الناس ووجه الثالث ان مبنى الما في حكم النجاسة على
الخفة فان القياس ان ينجس وان كثر الما الا انه اسقط حكم النجاسة عن بعض المياه تخفيفا فاعتبر التحريك الوسط وهو التحريك بالوضو
وذهب المتاخرون الى انه يعرف بشي اخر غير التحرك فمنهم من اعتبر بالكدرة فقال اذا اغتسل فيه وتكدر الما فان وصلت الكدره الى الجانب الاخر
فهو مما يخلص والا فلا وروي عن ابي سليمان الجوزجاني انه اعتبر بالمساحة ان كان عشرا في عشر فهو مما لا يخلص وعن محمد في النوادر انه سيل عن
هذه المسئلة فقال ان كان مثل مسجدي هذا فهو مما لا يخلص بعضه الى بعض فلما قام مسح مسجده فكان ثمانيا في ثمان في روايه وعشرا في عشر في روايه
ويقول ابي سليمان الجوزجاني اخذ عامة المشايخ ثم في الكتب قد اختلفت في تعيين الذراع فجعل الصحيح في فتاوي قاضي خان ذراع المساحة
وهي سبع مشتات فوق كل مشت اصبع قايمه والمصنف رحمه الله اختار للفتوى ذراع الكرباس وهو سبع مشتات فوق كل مشتة اصبع قايمه توسعة
للامر على الناس والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان المعتبر فيه ان يكون ذراعا وقول
اخرين ان يكون قدر شبر ... في الكتاب يعني مختصر القدوري ... اشاره الى انه ينجس موضع الوقوع ولم يفرق بين كونها مرئيه وغير مرئيه
وهو المحكي عن مشايخ العراق ومشايخ بخارا وبلخ فرقوا بينهما فقالوا في غير المرئيه يتوضا من الجانب الذي وقعت فيه النجاسة بخلاف المرئيه
وعن ابي يوسف انه لا ينجس الا اذا ظهر اثرها فيه او في موضع الوقوع كالما الجاري وعلى هذا اذا غسل وجهه في حوض كبير فسقط غسالته وجهه
في الما من موضع الوقوع قبل التحريك لا يجوز عند العراقيين وجوزه مشايخ البخاري توسعه للناس لعموم البلوى قال وموت ما ليس له
نفس سايله اذا مات ما ليس له دم سايل كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها في الما لم ينجسه والما جمع الزنابير دون غيرها لانها انواع
شتى وقال الشافعي رحمه الله يفسده لانه حرام بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والتحريم لا بطريق الكرامه اي النجاسة وقوله لا بطريق

الكرامة احترازا عن الادمي فان قيل دود الخل وسوس الثمار اذا ماتت فيها ميتة ولا ينجس الخل والثمار اجاب بقوله لان فيه ضرورة ولما ذكر
ابو بكر الرازي باسناده لما سعيد بن المسيب عن سلمان رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال فيه اي في مثل هذه الحادثة فانه سيل عليه السلام
عن اناء فيه طعام او شراب يموت فيه ما ليس له دم سايل فقال هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح باجزايه
عند الموت حتى حل المذكي لانعدام الدم فيه ولا دم في هذه الاشيا اذ الفرض كذلك فلا ينجس منها فان قيل لا نسلم ان المنجس هو اختلاط
الدم المسفوح فان ذبيحة المجوسي ليس فيها دم مسفوح وهي نجسة ودم ذبيحة المسلم اذا لم يسل منها الدم لعارض بان اكلت ورق العناب
حلالا مع ان الدم لم يسل فالجواب القياس في ذبيحة المجوسي الطهارة كذبيحة المسلم الا ان صاحب الشرع اخرجه عن اهلية الذبح لقوله صلى
الله عليه وسلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسايهم ولا اكلي ذبايحهم فجعل اثار ذبحه كلا ذبح وكما جعل ذلك كذلك جعل ذبيحة
المسلم اذا لم يسل منها الدم كذبيحة اذا سال اقامة لاهلية الذابح واستعمال الة الذبح مقام الاسالة لاتيانه بما هو المامور به الداخل تحت قدرته
ولا معتبر بالعوارض لانها لا تدخل تحت القواعد الاصلية وانما قيد بقوله عند الموت لانه اذا كان حيا لا ينجس ولهذا قلنا المصلي اذا
استصحب فارة او عصفورة حية لم تفسد صلاته ولو كانت نجسة لفسدت ولو ماتت حتف انفها واستصحبها فسدت وهذا لان
لان الدم الذي في الحي لمعدنه وبالموت ينصب عن مجاريها فينجس اللحم بتشربه اياه ولهذا لو قطعت العروق بعده لم يسل منه الدم
والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة جواب عن استدلال الشافعي فان الطين حرام لا لكرامته وليس بنجس قال وموت ما يعيش في
الما معني ما يكون مولده ومثواه في الما مات في الما لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان قيل انما قال في المسئلة الاولى لا ينجسه وفي هذه
لا يفسده لان الموت في المسئلة الاولى لا ينجسه وفي هذه لا يفسده لان الموت في المسئلة الاولى في غير معدنه فيتوهم التنجس فيناسب نفيه وفي
معدنه فلا يتوهم تنجسه بواسطة الضرورة لكن احتمل تغير صفة الما فنفاه بقوله لا يفسده وقول الشافعي رحمه الله يفسده الا السمك لما
مر يعني من قوله لان التحريم لا بطريق الكرامة اية النجاسة قيل في هذا التعليل اشكال وهو ان الضفدع والسرطان يجوز اكلهما عند
الشافعي على ما روي عنه في كتاب الذبايح على ما سياتي والجواب ان المذكور في كتاب الذبايح وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله فيجوز ان
تكون هذه رواية اخرى عنه فيكون الالتزام عليها ولنا انه مات في طاهره وهو طاهره كلما مات في معدنه كالنجسا في معدنه وكلما كان
نجسا في معدنه لا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما اي تغير صفرتها دما حتى لو صلى وفي كمه تلك البيضة تجوز الصلاة معها لان
النجاسة في معدنها بخلاف ما اذا صلى وفي كمه قارورة وفيها دم لا تجوز صلاته لان النجاسة ليست في معدنها قيل هذا التعليل لا نعطي
الوحوش والطيور حكم النجاسة اذا ماتت في البير لانه في معدنها والذي يظهر من كلامهم انهم يعنون بالمعدن ما يكون محيطا فانهم يقولون
بالدم في العروق والمح في البيضة واشباهها وليس البير كذلك ولانه لا دم فيها اي في هذه الحيوانات اذ الدموي لا يسكن الما والدم
هو المنجس كما تقدم واذا ماتت في الما كالخل والعصير والحليب ونحوها قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وهو قول نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة
وهو رواية عن ابي يوسف وقيل لا يفسده وهو قول محمد بن مقاتل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهشام عن محمد لعدم الدم وهو الاصح
لاطراده قيل في كل واحد من التعليلين نظر اما في الاول فلان التعليل بالعدم على وجود الشي لا يجوز واما في الثاني فلان انتفا العلة
لا يستلزم انتفا المعلول لجواز ان يثبت بعلة اخرى والجواب عن الاول انه ليس بتعليل بل هو بيان انتفا المانع فانا قد ذكرنا ان النجاسة
لا تعطي حكم النجاسة في معدنها فكان المعدن مانعا عن ترتب الحكم عليها وعن الثاني ان العلة الشخصية يستلزم انتفاوها انتفا الحكم وههنا
كذلك لان كونه دما مسفوحا هو المنجس لا غير والضفدع البري والبحري فيه سوا وانما يعرف البحري من البري بما يكون بين اصابعه سترة وقيل
البري مفسد لوجود العلة وهو الدم وانتفا المانع وهو المعدن وما يعيش في الما بيان ان المراد بما يعيش في الما ما كان توالده ومثواه
في الما كما ذكرناه في اول البحث وماي المعاش دون ماي المولد كالبط والاوز ونحوها مفسد قال والما المستعمل لا يجوز استعماله في طهارة الاحداث قدم الكلام في
حكم الما المستعمل لانه هو المقصود وقيد بقوله في طهارة الاحداث اشارة الى انه يجوز استعماله في طهارة الانجاس فيما روي محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله
وهو الموافق لمذهبه فان ازالة النجاسة العينية تجوز بالمايعات عنده خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله فان في الما المستعمل
ثلاثة اقوال اظهرها كقول محمد وفي قول طاهر وطهور كقول مالك وفي اخر ان كان المستعمل محدثا فهو طاهر غير طهور وان كان متوضيا فهو
طاهر وطهور وهو قول زفر بما اي مالك والشافعي يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع ولا يكون كذلك الا اذا لم يتنجس بالاول
والجواب ان المحكي عن ثعلب ورد عليه بان هذا ان كان لزيادة بيان لنهايته في الطهارة كان مسلما ويعضده قوله تعالى وينزل عليكم من
السما ما ليطهركم به والا فليس فعول من التفعيل في شي واذا كان بيانا لنهايته فيها لا يستدل به على تطهير الغير مفضلا عن التكرر فيه وقول زفر
لان الاعضا طاهرة حقيقة معناه ان اعضا الوضو طاهرة حقيقة نجسة حكما فالما المستعمل فيها بالنظر الى الاول طاهر وبالنظر الى الثاني نجس
والحكم عليه باحدهما ابطال للاخر واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فقلنا بانتفا الطهورية وبقا الطهارة عملا بالشبهين وقول محمد وهو انه
غير طهور رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المختار للفتوى لعموم البلوي لان ملاقاة الطاهر وهو الما الطاهر وهو العضو المغسول لانه
طاهر حقيقة لا يوجب التنجس كما لو غسل به ثوب طاهر الا انه اقيمت به قربة ولاقامتها تاثير في تغيير ما اقيمت به فتغيرت به اي بالاستعمال
صفته كما في مال الصدقة الذي اقيمت به قربة وقد تغيرت صفته فلم تبق طيبا وقد صح ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يبتدرون الى وضوءه
فمسحوا به وجوههم فلو كان نجسا لمنعهم كما منع ابا طيبة الحجام عن شرب دمه ووجه الاستدلال لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بقوله صلى الله عليه وسلم
لا يبولن احدكم في الما الدايم الحديث انه عليه السلام كما نهى عن النجاسة الحقيقية وهو البول فكذلك نهى عن الحكمية وهو الاغتسال فدل

علي

علي ان الاغتسال فيه كالبول فيه ... ما اي ولان الما المستعمل ما ازيل به احد المانعين من جواز الصلاة وهو النجس الحكمي فيتنجس قياسا على ما
ازيل به المانع الاخر منه وهو النجس الحقيقي ولقايل ان يقول المتوضي قبل استعمال الما موصوف بكونه محدثا فاذا استعمله فلا يخلو اما ان
يتحول هذه الصفة منه الى الما او لا لا سبيل الى الاول لان الاعراض لا تقبل الانتقال من محل الى محل باتفاق العقلا فتعين الثاني وح لا وجه
للحكم بنجاسة الما والجواب انا كما قلنا ليس في المتوضي وصفة وانما هو في ان اعضا الوضو متصفة بالنجاسة حكما وقدر الشرع
بالوضو التي اقيمت به قربة وقد اقمنا الدليل انفا على ان لاقامتها تاثيرا في تغيير ما اقيمت به فصار الما به خبيثا شرعا كمال الصدقة
ولا معنى يصير ورثه المنجسا الا اتصافه بالخبث شرعا والانتقال على الاعراض الحقيقية واما الامور الاعتبارية الحكمية فيجوز
ان تعتبر قايمة بمحل قبل قطع الاعتبار عن قيامها بمحل اخر الا ترى ان الملك للبايع امر اعتباري حكمي وبعد ان قال بعت وقبل المشتري
انتقل الملك من البايع اليه وبعدما ثبتت نجاسته اختلفت الرواية في غلظها وخفتها فروى الحسن عن ابي حنيفة انه نجس نجاسة
غليظة اعتبارا بالمستعمل في النجاسة الحقيقية فتقدر بالدرهم وروى ابو يوسف عنه وهو قوله انه نجس نجاسة خفيفة لمكان الاختلاف
فان اختلاف العلما يورث التخفيف كما سيجي والما المستعمل بيان لحقيقته وكان حقه التقديم ولكن قدم الحكم لما ذكرنا انفا
بيان السبب فصار من الوسايل فلم يجب تقديمه ثم سبب كون الما مستعملا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو ازالة الحدث
او قصد القربة وعند محمد قصد القربة فقط وعند زفر والشافعي رحمهما الله ازالة الحدث لا غير فلو توضا محدث بنية القربة صار الما
مستعملا بالاجماع ولو توضا رجل متوضي بالتبرد لا يصير مستعملا بالاجماع ولو توضا المحدث للتبرد صار مستعملا عندهما وعند زفر خلافا
لمحمد لعدم قصد القربة وكذا عند الشافعي لعدم ازالة الحدث لا غير فلو توضا محدث بنية القربة عنده بلا نية ولو توضا المتوضي بقصد
القربة صار مستعملا عند الثلاثة خلافا لزفر والشافعي رحمهم الله استدل لمحمد بقوله لان الاستعمال بانتقال ... الاثام اليه اي الى الما
المستعمل كما قررناه وانتقالها بازالتها عن محلها وازالتها بالقرب كما في مال الصدقة وابو يوسف يقول اسقاط الفرض ايضا مؤثر لان التغير
عندهما انما يكون بزوال نجاسة حكمية عن المحل وانتقالها الى الما فقد ... الى الما في الحالتين جميعا كما تقدم من اعتبارها بالنجاسة
الحقيقية فيثبت فساد الما بالامرين جميعا ... متى يصير مستعملا بيان لوقت اخذه حكم الاستعمال وقد اتفق علماونا رحمهم الله على ان
الما مادام مترددا في العضو ليس له حكم الاستعمال فاذا زايل العضو ولم يستقر في مكان او اناء اختلفوا فيه فقال سفيان الثوري و
النخعي وبعض مشايخ بلخ وهو اختيار الطحاوي انه لا يصير مستعملا وذهب اصحابنا الى انه كما زايل العضو صار مستعملا حتى لو اصابت
ثوبه تنجس وقالوا لو ان من نسي راسه فاخذ من لحيته ما ومسح به راسه لا يجوز واختاره المصنف وقال الصحيح انه كما زايل العضو والكاف
هذه تسمى كاف المفاجاة كما تقول كما خرجت من البيت رايت زيدا اي فاجات روية زيد ومعناه يصير الما مفاجا وقت زواله عن العضو
وقت الاستعمال من غير توقف الى وقت الاستقرار في مكان وهو اسناد الفعل الى الزمان فيكون مجازا عقليا ... لان سقوط حكم
الاستعمال ظاهر وورد بان فيه حرجا فكان ضرورة وقيل في جوابه حكم الاستعمال سقط في المنديل والثياب للحرج وهو ناقض الاصل
المذهب ولعل المخلص ان يقال بثبوت حكم الاستعمال عند المزايلة عن العضو في الجميع لا حرج فيه اذ المختار من الاقوال للفتوى انه
طاهر غير طهور قال والجنب اذا انغمس في البير جنب ليس على بدنه نجاسة انغمس لطلب الدلو لم يطهر ولم ينجس الما عند ابي يوسف
وطهر الرجل ولم ينجس الما عند محمد ولم يطهر ونجس الما عند ابي حنيفة رحمهم الله وقيد بقوله لطلب الدلو لانه لو انغمس للاغتسال للصلاة
فسد الما عند الكل اما ابي يوسف في بقا الرجل نجسا ان الصب عنده شرط لان القياس لا يقتضي التطهير بالغسل لتنجس الما باول الملاقاة وانما
حصل ضرورة خروج المكلف عن الامر بالتطهير والما الجاري اقرب الى ذلك لعدم الاستقرار والصب منزلته فيشترط تحصيلا للمامور به
بقدر الامكان وهذا الشرط لم يوجد فيما نحن فيه وانتفاوه يستلزم انتفا المشروط وفي بقا الما طاهرا ان سبب الاستعمال احد الامرين
اسقاط الفرض ونية القربة كما تقدم لا سبب له غيرهما وقد انتفيا جميعا فينتفي الحكم فان قيل انتفا اسقاط الفرض ممنوع فانه يسقط عنه
وان لم يتوقف سقوطه وقيل به يصير الما مستعملا لكونه احد الامرين اجيب بانه ترك اصله في هذه المسئلة ضرورة الحاجة الى طلب الدلو فلو
سقط الفرض تنجس وفسد البير وفيه ضرر الخلق ولمحمد رحمه الله في طهارة الرجل عدم اشتراط الصب فانه اذا لم يكن شرطا لا يستلزم انتفاوه انتفا
الحكم وفي طهارة الما عدم نية التقرب فان السبب عنده ليس الا اقامة القربة بالنية ولم توجد فكان هذا السبب متعينا كالسبب في ولد الغصب
فينتفي الحكم بانتفايه ولابي حنيفة رحمه الله في نجاسة الما اسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة فان الما يصير به مستعملا وان لم توجد النية
لانها ليست بشرط لسقوط الفرض وفي بقا الرجل نجسا لبقا الحدث في بقية الاعضا وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الما المستعمل لان النية
لما لم تكن شرطا لسقوط الفرض عنده سقط الفرض بالانغماس فصار الما مستعملا والرجل ملتبس به فتنجس بنجاسته وعنه ان الرجل طاهر لان
الما لا يعطى حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه لكونه اكثر مناسبة لاصله فعلى اول اقواله لا يجوز له الصلاة ولا
قراة القران وعلى الثاني يجوز له القراة دون الصلاة وفيه نظر وعلى الثالث يجوز كلاهما وانما قدم قول ابي يوسف وام بوسطه كما حقه لزيادة
احتياجه الى البيان بسبب تركه اصله كما بينا قال وكل اهاب دبغ فقد طهر يتعلق بدباغ الاهاب ثلاث مسايل طهارته وهي تتعلق بكتاب
الصيد والصلاة فيه وهي تتعلق بكتاب الصلاة والوضو منه بان يجعل قربة وبه تتعلق بهذا الباب وانما قال والصلاة فيه بان يجعل
ثوبا ولم يقل عليه بان يجعل مصليا وان كان الحكم فيهما واحدا لان البيان في الثوب بيان في المصلي لزيادة الاشتمال ولانه منصوص عليه
بقوله تعالى وثيابك فطهر وطهارة المكان تلحقه بها دلالة وانما ذكر الحكمين الاخرين وان كان يفهم ذلك من الاول احترازا عن قول مالك

رحمه الله فانه يقول يطهر ظاهره دون باطنه فيصلي عليه لا فيه وانما قدم الخنزير على الآدمي لان الموضع موضع اهانة لكونه في بيان
النجاسة وتاخير الآدمي في ذلك اولى واستدلا على الطهارة دون الآخرين لان ثبوتها يستلزم ثبوتهما بقوله صلى الله عليه وسلم ايما اهاب
دبغ فقد طهر وهو بعمومه لكونه نكرة اتصفت بصفة عامة حجة على مالك رحمه الله في جلد الميتة فانه يقول بانه لا يطهر بكونه ينتفع
به في الجامد من الاشياء دون المائع فيعمل حراما للحبوب دون الخل والسمن وغيرهما فان قيل جلد الخنزير والآدمي خارج عن عمومه فيجوز
ان يخص منه جلد الميتة بالقياس عليه او بقوله صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب اجيب بانه قياس فيه ابطال النص
وهو قوله عليه الصلاة والسلام ايما اهاب دبغ الحديث والنهي عن الانتفاع بالاهاب وهو اسم لجلد غير مدبوغ كذا قاله الخليل
والاصمعي وليس ذلك داخلا في عموم قوله اهاب دبغ ليجوز تخصيصه ولا تعارض بينهما لاختلاف المحل قوله وحجة على الشافعي عطف على
قوله حجة على مالك فان الشافعي رحمه الله يقول بعدم طهارة جلد الكلب بالدباغ وتخصيص الكلب موافق لما ذكر في الاسرار وذكر في المبسوط
ان كل ما لا يؤكل لحمه لا يطهر جلده بالدباغ عند الشافعي قياسا على جلد الخنزير والآدمي وعلى هذا لا فايدة في تخصيصه … وليس الكلب
بنجس العين جواب عن قياس الشافعي الكلب على الخنزير وانما لم يذكر في الكتاب واختلفت الروايات في كون الكلب نجس العين فمنهم من
ذهب الى ذلك قال شمس الائمة في مبسوطه والصحيح من المذهب عندنا ان عين الكلب نجس اليه يشير محمد في الكتاب في قوله وليس الميت بانجس
من الكلب والخنزير قيل والاصح انه ليس بنجس العين لانه ينتفع به حراسة واصطيادا وليس نجس العين كذلك ولا يشكل بالسرقين فانه
نجس لا محالة وينتفع به ايقادا وغيره لانه انتفاع بالاهلاك وهو جائز كالذنوب الخمر للاراقة وهو مختار المصنف … بخلاف الخنزير
متصل بقوله الا جلد الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه لقربه فان قيل المقصود بالذكر في الكلام هو المضاف
فيجب ان يرجع اليه الضمير اجيب بان المضاف اليه قد يكون مقصودا مثل ان يقول مثلا رايت ابن زيد فانه يجوز ان يقول وحشته
على الاستقلال فيكون الضمير راجعا الى المضاف لانه المقصود ويجوز ان يقول فاخبره بان ابنك هذا فعل فيكون راجعا الى
المضاف اليه كقوله تعالى والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه فان الضمير يجوز ان يرجع الى كل من المضاف والمضاف
اليه ورجوعه الى المضاف اليه فيما نحن فيه اولى لكونه اشمل لجميع الاجزاء واحوط في العمل لان الضمير ان رجع الى اللحم لم يحرم غيره
وان رجع اليه حرم فغير اللحم دائر بين ان يحرم وان لا يحرم فيحرم احتياطا وذلك برجوع الضمير الى المضاف اليه … وحرمة الانتفاع
باجزاء الآدمي متعلق بقوله والآدمي ومعنى كلامه بخلاف جلد الخنزير فانه لا يطهر بالدباغ لنجاسة عينه والآدمي لكرامته يتجاسر الناس
على من كرمه الله بابتذال اجزائه فحرجا عما روينا يعني من قوله صلى الله عليه وسلم ايما اهاب دبغ الحديث فان قلت ما وجه خروجهما عن المروي اهو تخصيص
فيحتاج الى مخصص مقارن على ما هو المذهب ام نسخ فيحتاج الى ناسخ متأخر قلت عدم طهارتهما ثابت بالكتاب فان كان متأخرا عن الحديث
فهو ناسخ لا محالة وان كان متقدما عليه منع التناول لتقرره في الشرع وخبر الواحد لا يعارضه فضلا ان ينسخه وان كان مقارنا كان مخصصا
والخروج عن حكم الحديث ثابت في الجميع فعبر بقوله فحرجا … ثم ما يمنع النتن والفساد بيان لما يدفع به ذكره باستطراد ذكر الدباغ
قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال كل شيء يمنع الجلد من الفساد فهو دباغ فيتناول التشميس والتتريب
لان المقصود وهو منع الفساد بازالة الرطوبات النجسة يحصل بذلك فلا معنى لاشتراط غيره من قرظ او عفص او شث او نحوها كما شرطه
الشافعي رحمه الله وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة يعني الذكاة الحاصلة من الاهل بالتسمية فان ذكاة المجوسي ليست بمطهرة وذكر
الضمير في لانه لان الذكاة بمعنى الذبح وانما يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة لانه يمنع من اتصالها به والدباغ يزيلها بعد الاتصال
ولما كان الدباغ بعد الاتصال مزيلا ومطهرا كان الذكاة المانعة من الاتصال اولى ان يكون مطهرة … وكذلك يطهر لحمه اي لحم ما ذبح
حتى اذا صلى ومعه من لحم الثعلب المذبوح او نحوه اكثر من قدر الدرهم جازت … هو الصحيح احتراز عما قال في الاسرار وغيره انه نجس
لان الحرمة فيما يصلح للاكل لا لكرامته دليل النجاسة ولزمهم طهارة الجلد مع اتصال اللحم به واجابوا بان بين اللحم والجلد جلدة رقيقة تمنع
مماسة اللحم الجلد الغليظ فلا ينجس والذي اختاره المصنف وصححه هو المنقول عن الكرخي وصححه صاحب التحفة وذلك لان الجلد يطهر باتفاق
اصحابنا واللحم متصل به فكيف يكون نجسا وملاقاة النجس الطاهر منجسة فكيف بالاتصال الذي لا يزول الا بالسكين وما قيل من الجلدة الرقيقة
متوهم وعلى تقدير تحققه فاما ان تكون طاهرة او نجسة ولا يجوز ان تكون عند السلخ بين الجلد واللحم امرا ثالثا لا محالة لانها اما متصلة باللحم او بالجلد فان
كانت متصلة باللحم او بالجلد فليس يتصور ان تكون طاهرة اذ نجس فيكون نجسة والجلد الغليظ متصل به اتصالا فلا يكون طاهرا الغرض انه طاهر
وان كانت متصلة بالجلد فليس يتصور ان تكون نجسة والجلد طاهر فتكون طاهرة واللحم متصل به اتصالا فكيف يكون نجسا وذلك واضح
لا يخفى على المتامل فهذا هو الذي حمل المصنف رحمه الله على تصحيح رواية طهارة اللحم والجواب عن قولهم ان الحرمة فيما يصلح للاكل لا لكرامته دليل
النجاسة انه مسلم ولكن علة النجاسة هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت كما تقدم وهي علة متعينة قد انتفت ههنا بالذبح
فتنتفي كما هنا قلنا في ولد المغصوب وقوله وشعر الميتة وعظمها وعصبها طاهر ذكره باعتبار انه اذا وقع في الماء هل يجوز به الوضوء او لا عندنا
يجوز به الوضوء لكونها طاهرة وقال الشافعي نجس لانها اي كل واحد منها من اجزاء الميتة والميت نجس بجميع اجزائها قلنا لا نسلم ان كل الميت نجس
بل النجس منه ما كان فيه حياة زالت بالموت وهذه الاشياء لا حياة فيها حتى لا يتألم بقطعها الحيوان فان قطع قرن البقر لا يولمها وجز صوف الغنم
كذلك فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحياة وهذا يشير الى ان بين الحياة والموت تقابل العدم والملكة وقال بعض المتكلمين هما صفتان
وجوديتان لقوله تعالى خلق الموت والحياة والمخلوق لا يكون عدما واجيب بان المراد التقدير والعدم مقدر لا يقال ما ذكرتم من الدليل

استدلال

استدلال في مقابلة النص لان الله تعالى قال من يحيي العظام وهي رميم ولا خفاء في دلالته ان في العظم حياة لان المراد به من يحيي صاحب العظام
وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي رحمه الله نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه مع امكان الانتفاع به فكان نجسا ولنا ان حرمة الانتفاع
به والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلق شعره وقسمه بين اصحابه وذلك دليل طهارته
… لما ذكر حكم الماء القليل بانه يتنجس كله عند وقوع النجاسة فيه حتى يراق كله ورد عليه ماء البير نقضا فانه لا ينزح كله في بعض الصور
فذكر ماء البير في فصل على حدة بيانا لوجه المخالفة … واذا وقعت في البير نجاسة نزحت البير اي ماؤها بحذف المضاف لعدم الالتباس
لما ان نزح عين البير غير ممكن وتنزح النجاسة لا تتم جواب المسألة فتعين ما قلنا والتانيث باعتبار الاسناد الظاهري ولان قوله
وكان نزح ما فيها دليل على ما قلنا فكان هذا من قبيل اطلاق اسم المحل على الحال كقولهم جرى النهر كذا في النهاية وفيه نظر لان النزح لم
يكن لاخراج النجاسة ذكر ولم تطهر البير الا باخراجها وعن هذا ذهب بعض الشارحين الى ان ضمير نزحت للنجاسة وجواب اذا هو المجموع
من قوله نزحت الى قوله طهارة لها ويكون تقديره نزحت النجاسة وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها واقول التركيب الجزل على هذا التقدير ان
يقال نزحت النجاسة والماء وكان نزح ما فيها الى آخره ولو جعلنا نزحت في الحقيقة مسندا الى ما حتى يعود المعنى نزحت ما في البير لتناول
النجاسة والماء جميعا وكان من باب جرى النهر اندفع ذلك كله … وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها اشارة الى انه يطهر بمجرد النزح
من غير توقف على غسل الآجر ونقل الاوحال والمراد بالسلف الصحابة ومن بعدهم رضي الله عنهم ومسائل البير مبنية على اتباع الآثار
دون القياس لان القياس احد الامرين اما ان تطم البير لتنجس الاوحال والجدران واما ان لا تنجس ابدا الا انه تبع الماء من اسفله
لكونه كالماء الجاري قال محمد رحمه الله اتفق رأيي ورأي ابي يوسف ان ماء البير في حكم الماء الجاري الا انا تركنا القياس واتبعنا الآثار
… وان وقعت اشارة الى ما يجب نزحه من الماء بسبب ما يقع فيها من النجاسة … وجه الاستحسان هو احد وجهي الاستحسان
وهو الضرورة على ما ذكره والفرق على هذا الوجه بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر وروث الفرس والحمار وخثي البقر والجاموس
وبعر الابل والغنم لشمول الضرورة المذكورة في الكتاب لكن يفرق بين ابار الامصار والفلوات فان ابار الامصار لها رؤوس حاجزة
والوجه الآخر ان البعر شيء صلب وعلى ظاهره رطوبة الامعاء في اجزائها وعلى هذا لا يفرق بين ابار الامصار والفلوات
ويفرق بين الصحيح والمنكسر فان المنكسر تتداخله النجاسة فيفسد البعر والروث والخثي لصلابته فيتداخل الماء في اجزائها
فيتنجس الماء فاذا عرفت فاعلم ان اختلاف اقوال المشايخ في جعل الكثير مفسدا وجعل بعضه مفسدا دون البعض مرجعه الى وجهي الاستحسان
… والضرورة في الكثير هو ايضا على الوجه الاول واما على الوجه الثاني فيقتضي عدم التفرقة بين القليل والكثير لان الصلابة
والاستمساك في الجميع موجود … وهو ما يستكثره الناظر اشارة الى ما هو المختار عنده في حد الكثرة فان منهم من قال الكثير هو
ان يغطي وجه ربع الماء وقيل وجه اكثره وقيل ان لا يخلو دلو من بعرة وقال الامام الحلواني ذكر البعرتين اشارة الى ان الثلاث كثيرة وانما
عليه الاعتماد لان ابا حنيفة رحمه الله لا يقدر شيئا بالرأي في مثل هذه المسايل التي تحتاج الى التقدير فكان هذا موافقا لمذهبه
فلهذا قال وعليه الاعتماد … تبعر البعرة ونشرب اللبن يعني لا ينجس اذا رميت قبل ان يتغير لونه قال شيخ الاسلام في مبسوطه
لا ينجس اذا رميت من ساعتها ولم يبق لها لون لمكان الضرورة لان من عادتها انها تبعر عند الحلب وللضرورة اثر في اسقاط حكم النجاسة
… عن ابي حنيفة رحمه الله انه اي الاناء بمنزلة البير في عدم تنجسه الا ان بالبعرة او البعرتين كالبير قال وان وقع فيها خرء الحمام
والعصفور … طاهر عندنا وقال الشافعي رحمه الله انه نجس وهو القياس لانه غذاء استحال الى نتن وفساد فان ما يحيله الطبع من الغذاء
على نوعين نوع يحيله الى نتن وفساد كالبول والغائط وهو نجس ونوع يحيله الى صلاح كالبيض واللبن والعسل وهذا من النوع
الاول فاشبه خرء الدجاج وهو نجس بالاتفاق واستحسن علماؤنا رحمهم الله طهارته بدلالة الاجماع فان الصدر الاول ومن بعدهم
اجمعوا على اقتناء الحمامات في المسجد حتى مسجد الحرام مع ورود الامر بتطهيرها بقوله تعالى ان طهرا بيتي وقوله صلى الله عليه وسلم جنبوا مساجدكم صبيانكم وفي ذلك
دلالة ظاهرة على عدم نجاسته واصله حديث ابي امامة الباهلي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم شكر الحمامة انها اوكرت على باب الغار
حتى سلمت فجازاها الله بان جعل المساجد ماواها … واستحالته لا الى نتن جواب الشافعي ووجهه ان موجب التنجس النتن والفساد
والنتن ههنا غير موجود وانتفاء الجزء يستلزم انتفاء الكل فان قال الفساد وحده مما يوجبه قلنا منقوض بالقمح فانه قد فسد وهو
طاهر فان سائر الاطعمة تفسد بطول المكث ولا ينجس على انه ان نجس فيما نحن فيه سقط للضرورة … فاشبه الحماة يعني في النتن دون الفساد
… فان بالت فيها اي في البير شاة اصل هذه المسألة ان ما يؤكل لحمه طاهر عند محمد ان وقع في الماء القليل لا ينجسه ويجوز الوضوء به الا ان
يغلب الماء فيخرج عن طهوريته نجس عندهما ان وقع منه قطرة في البير افسدته والكثير الفاحش منه يمنع جواز الصلاة لمحمد رحمه الله حديث
العرنيين وقصته ما روي ان قوما من عرينة تصغير عرنة وادي بحذاء عرفات سميت بها قبيلة تنسب اليها العرنيون بحذف ياء فعيلة كقولهم
الجهنيون فاتوا المدينة فاجتووها اي لم توافقهم فاصفرت الوانهم فانتفخت بطونهم فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يخرجوا الى
ابل الصدقة ويشربوا من ابوالها والبانها فخرجوا وشربوا فصحوا ثم ارتدوا وقتلوا الرعاة واستاقوا الابل فبعث رسول الله صلى الله عليه
وسلم في اثرهم قوما فاخذوا فقطع ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم وتركهم في شدة الحر حتى ماتوا ووجه الاستدلال انه امرهم بشرب ابوال
الابل ولو كان نجسا لما امر بذلك لكونه حراما وقد قال عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم ولهما قوله صلى الله عليه وسلم
استنزهوا البول فان عامة عذاب القبر منه ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم امر باستنزاه البول من غير فصل والامر للوجوب

ومما يؤيده ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم شيع جنازة سعد بن معاذ وكان يمشي على رؤس اصابعه من زحام الملائكة التي حضرت للصلاة عليه فلما وضع في القبر ضغطته الارض ضغطة كادت تختلف اضلاعه فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك بسببه فقال انه كان لا يستنزه من البول ولم يرد بول نفسه فان من لا يستنزه لا تجوز صلاته وانما اراد بول الابل عند معالجته ولانه يستحيل الى نتن ذليل معقول وقد تقدم بيانه وما رواه محمد من حديث انس فقد ذكر قتادة عن انس انه رخص لهم في شرب البان الابل ولم يذكر الابوال وانما ذكره في حديث حميد عن انس فقد دار بين ان يكون حجة وان لا يكون فيسقط الاستدلال به وانه منسوخ وقد ذكر المحدثين في تقرير اصول الفخر الاسلام فليطلب ثم قال المصنف تاويل ما روي انه عليه السلام عرف شفاءهم فيه وحيا ولا يوجد مثله في زماننا فلا يحل شربه لانه لا يتعين بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وابو يوسف نظر الى القصة فقال يحل للتداوي لا لغيره ومحمد لما طهره لم يبق فرق بينه وبين اللبن فيحل شربه للتداوي ولغيره
قال وان ماتت فيها فارة او عصفورة حاصل هذه المسائل ان الحيوان الواقع في البير لا يخلو من اوجه سبعة اما ان يكون فارة ونحوها او دجاجة ونحوها او شاة ونحوها وكل منها اما ان يخرج حيا او ميتا والميت اما ان يكون منتفخا او لا فاما اذا اخرج حيا فلا يجب في العضو كلها الا الخنزير لكونه نجس العين والكلب عند من يقول بنجاسة عينه والصحيح عند المصنف انه ليس بنجس العين كما تقدم وما اخرج ميتا فهو الوجه الاول وهو ما اذا كان الميت فيها فارة او عصفورة او صعوة والصعوة صغار العصافير الواحد صعوة والسودانية طوير طويلة الذنب تاكل العنب والجراد وسام ابرص الكبير من الوزغ ولم ينتفخ نزح منها ما بين عشرين دلوا الى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها قبل الصاع كبير وما دونه صغير يعني ينقص عن العشرين في الكبير ويزاد عليه في الصغير يعني بعد اخراج الفارة يعني ان النزح انما يكون معتبرا اذا كان بعد اخراج الفارة لان سبب نجاسة البير حصول الفارة الميتة فيها فلا يمكن الحكم بالطهارة مع بقاء السبب الموجب للنجاسة لحديث انس رضي الله عنه انه قال في الفارة ماتت في البير واخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها والعشرون بطريق الايجاب والثلاثون بطريق الاستحباب انما ذكر ذلك لان الرواية قد اختلفت فيه اختلافا كثيرا فورد في بعض الروايات ينزح منها دلو وفي رواية عشرون وفي رواية ثلاثون وفي رواية اربعون فاذا بعضهم اوجب عشرين وبعضهم اوجب اقل من عشرين وبعضهم اكثر من عشرين فاخذ علماؤنا رحمهم الله بالعشرين لانه الوسط بين القليل والكثير وكان واجبا لتعينه وما وراءه استحبابا وفيه نظر لان هذا المعنى موجود في ثلاثين فلم يتعين عشرون للوجوب والاولى ما قيل ان السنة جاءت في رواية انس بن مالك رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الفارة اذا وقعت في البير فماتت فيها انه ينزح منها عشرون دلوا او ثلاثون هكذا رواه ابو علي الحافظ السمرقندي باسناده واو للتخيير فكان الاقل ثابتا بيقين وهو معنى الوجوب والاكثر يؤتى به لئلا يترك اللفظ المروي وان كان مستغنى عنه في العمل وهو معنى الاستحباب وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان الميت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور ينزح منها ما بين اربعين الى ستين وكلامه ظاهر وهو الاظهر قيل لان الجامع الصغير آخر التصنيفات فيكون القول المذكور فيه هو المرجوع اليه وفي الوجه الثالث وهو ما يكون الميت فيها شاة او ادميا او كلبا ينزح جميع ما فيها وكلامه ظاهر ثم المعتبر في كل بير دلوها فانه ذكر مبهما فاحتاج الى التفسير وقيل دلو يسع فيه صاع وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة قوله ولو نزح منها بدلو عظيم مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود وهو نزح المقدار الذي قدره الشرع قال في الاصل اذا وقع في البير فارة فجاؤوا بدلو عظيم مقدار عشرين دلوا فاستقوا به مرة واحدة اجزاهم وهو اختيار الى لان القدر الذي يعود منه الى البير اقل وعن الحسن انه لا يطهر بمرة واحدة لان بتواتر الدلاء يصير الماء في معنى الجاري وقلنا لما قدر الشرع الدلاء بقدر خاص عرفنا ان المعتبر القدر المنزوح وان معنى الجريان ساقط وذلك يحصل بالدلو العظيم هذا كله اذا لم ينتفخ الحيوان فان انتفخ او تفسخ فيها نزح جميع ما فيها صغر الحيوان ام كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وذلك لان عند الانتفاخ والتفسخ تحصل بلة نجسة فكان كالقطرة من الدم او الخمر فتنتشر في الماء وبهذا قال محمد رحمه الله في ذنب الفارة وقعت في البير ينزح جميع الماء لان موضع القطع لا ينفك عن نجاسة ما فيه كلام الفارة الصحيحة لجثة وان كانت البير معينا يجوز ان يكون من عنت اي بلغت العيون ويجوز ان يكون اصليه من امعنت الارض المياه وما معين اي جار ويكون فعيلا بمعنى فاعل وكان لا ينبغي ان يقول معينة لان البير مؤنثة وانما ذكرها حملا على اللفظ او توهم انه فعيل بمعنى مفعول قوله لا يمكن نزحها صفة وقوله اخرجوا جواب المسألة قوله مقدار ما كان فيها من الماء اشارة الى ان الاعتبار لما كان من وقوع النجاسة قوله فينزح بقدر منها عشر دلاء حتى اذا كان طول الماء عشر قبضات فانتقص بعشر دلاء قبضة واحدة نعلم ان كل الماء مائة دلو فينزح تسعون دلوا اخرى قوله يعني جوابه على ما شاهد في بلده لان بلده بغداد وغالب مياه ابار بغداد لا تزيد على ثلاث مائة دلو ولم تقدر الغلبة بشيء لانها متفاوتة بنفي والنزح الى ان يظهر العجز امر صحيح في الشرع لان الطاعة بحسب الطاقة كما هو دابه اي عادته فان عادته ان يفوض مثل هذا الى راي المبتلى به كما تقدم من قوله وهو ما يستكثره الناظر وكما في حبس الغريم وحد التقادم وهذا اشبه بالفقه اي بالمعنى المستنبط من الكتاب والسنة لان الاخذ بقول الغير هو المرجع فيما لم يثبت من الشرع فيه تقدير قال الله تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون كما في جزاء الصيد حيث قال يحكم به ذوا عدل منكم والشهادة حيث قال واشهدوا ذوي عدل منكم وشرط النصاب لما في امر الماء ان الاحكام انما تستفاد ممن له علم بذلك خلاف اهل الذكر وهذا القول اي الاخذ بقول رجلين مروي عن ابي نصر محمد بن سلام رحمه الله قوله وان وجدوا في البير فارة او غيرها كلامه ظاهر لان اليقين لا يزول بالشك بيانه ان الماء كان طاهرا بيقين ووقع الشك في نجاسته في مضى واليقين لا يزول بالشك فلا يحكم بالنجاسة الا زمان التيقن بوقوع النجس لان اليقين يزول بيقين مثله وهذا هو القياس
كل

لمن راى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته فانه لا يلزمه اعادة شيء من الصلاة ولابي حنيفة رحمه الله ان لموتها في البير سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء وهو ظاهر وكل ما له سبب ظاهر فالحال به عليه كمن جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يحال موته على الجراحة لانه هو السبب الظاهر وكيفية التوريث في عنقه حيه فانه يحال بموته على لنشها وان احتمل ان يكون الموت لغير الجرح والنهش لان الموهوم في مقابلة المحقق غير معتبر الا ان الانتفاخ دليل تقادم العهد وادنى حد التقادم في ذلك ثلاثة ايام الا ترى ان من دفن بلا صلاة يصلى على قبره الى ثلاثة ايام ولا يصلى بعد ذلك لانه يتفسخ في هذه المدة فيقدر وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل اقرب العهد فقدرناه بيوم لان اقل المقادير في باب الصلاة يوم وليلة فان ما دونه ساعات لا يمكن ضبطها واما مسألة النجاسة فقد قال المعلى هي على الخلاف فيمنع الالتزام وبعد الفراغ منه بيان فساد الماء وعدمه باعتبار وقوع نفس الحيوانات فيه ذكرها باعتبار ما يتولد منها وهو السور وهو بقية الماء التي يبقيها الشارب في الاناء من استعماله فيه وفي الطعام والجمع الاسآر وهي اربعة عندنا طاهر كسور الادمي ومكروه كسور الهرة ونجس كسور الخنزير وسباع البهائم ومشكوك فيه كسور البغل والحمار قال وعرق كل شيء معتبر بسوره قيل كان الواجب ان يقول وسور كل شيء معتبر بعرقه لان الكلام في السور لا في العرق لان الطهارة ان يبين في ضمن الاسار العرق فلو قال وسور كل شيء معتبر بعرقه لوجب ان يقول بعده عرق الادمي كذا وعرق الكلب كذا وعرق الخنزير كذا ولكان الفصل اذ ذاك للعرق لا للسور ولا ينتقض بسور الحمار فانه مشكوك وعرقه طاهر لان الشك في طهوريته لا في طهارته لانهما اي اللعاب والعرق اصح على اللعاب ولم يذكره لان السور لما لم يخلط اللعاب فكان ذكر السور ذكرا له والادمي وما يؤكل لحمه كالابل والبقر والغنم ونحوها طاهر قيل يعني بغير كره لئلا يدخل فيه سور الدجاجة المخلاة فانه ماكول اللحم وطاهر السور فلا مانع من الدخول فيه لان المختلط به اللعاب وانه متولد من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر اما الادمي والجنب فلا اثر لما في ذلك لما روي ان النبي عليه السلام لقي حذيفة رضي الله عنه فمد يده ليصافحه فقبض يده وقال اني جنب فقال صلى الله عليه وسلم المؤمن لا ينجس وبهذا يسقط ما قيل ينبغي ان يكون سور الجنب نجسا على قول ابي يوسف لوجود سقوط الفرض عند شربه لانه تعليل في مقابلة النص على انه في مكان الضرورة فيسقط حكم النجاسة كسقوطه عند ادخال اليد في الاناء والحائض لما روي ان عائشة رضي الله عنها شربت من اناء في حال حيضها فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمه على موضع فيها وشرب والكافر لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انزل وفد ثقيف في المسجد وكانوا مشركين ولو كان عين المشرك نجسا لما فعل ذلك ولا يعارض بقوله تعالى انما المشركون نجس لان المراد به الخبث في الاعتقاد وسور الكلب نجس ظاهر فان اناء النبي الذي فاما اولى تشير الى انه ثابت بالدلالة فان الاجماع لما انعقد على وجوب غسل الاناء بولوغه ولسانه لم يلاق الا الماء كان دليلا على تنجس ما يلاقيه بطريق الاولى قيل يجوز ان يكون المراد بولوغ الكلب الاناء فيكون لسانه ملاقيا للاناء فلا يتم الاستدلال بالاولوية واجيب بان الولوغ حقيقة في شرب الكلب والشاهد المائعات باطراف لسانه والكلام للحقيقة اذا لم نصرفه عنها قرينة وهذا اي هذا الحديث يفيد النجاسة نفي لقول مالك والعدد نفي لقول الشافعي في اشتراط السبع وقوله ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلاث اي بالاتفاق فما يصيبه سوره وهو دونه لان مالكا رحمه الله يقول بطهارة سوره ولم يقل احد بطهارة بوله فاذا طهر بوله بالثلاث فلان يطهر سوره اولى قيل وفيه نظر لان عند الشافعي بوله ودمه وسائره هو منه نجس لا يطهر الا بالغسل سبعا ذكر في التهذيب ويجوز ان لا يكون له رواية عنه اطلع عليها اصحابنا فيكون الالزام عليه والامر الوارد بالسبع جواب عما يستدل به الشافعي بما روى عبد الله بن المغفل انه عليه الصلاة والسلام قال اذا ولغ الكلب في اناء احدكم فاغسلوه سبعا وعفروه الثامنة بالتراب فانه محمول على الابتداء حين قالهم من الاقتناء على ما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من اقتنى كلبا الا كلب ماشية او صيد نقص من اجره كل يوم قيراط والدليل عليه انه قال وعفروا الثامنة بالتراب والتعفير ليس بواجب بالاتفاق فان قيل يجوز ان يكون المراد بغسل الاناء التعبد لا الازالة اجيب بانه لو كان كذلك لوجب غسل موضع النجاسة كما في الحديث والواجب ههنا غسل موضع الاصابة بالاجماع فكان الغسل لازالة النجاسة لا للتعبد وسور الخنزير نجس لانه نجس العين فكان لحمه نجسا واللعاب يتولد منه وسور سباع البهائم نجس خلافا للشافعي رحمه الله فيما سوى الكلب والخنزير لما مر في سور الخنزير واستدل الشافعي بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل فقيل انتوضأ بما افضلت الحمر فقال نعم وبما افضلت السباع كلها والجواب انه مرسل لا يصح له الاحتجاج به لان رواية داود بن حصين عن جابر وداود بن حصين لم يلق جابرا كذا قاله الخصاص ولئن صح فتاويله ان المراد به حمر الوحش وسباع الطير او المراد به الماء الكثير او هو محمول على ما قبل التحريم توفيقا بين الادلة ولم يذكر ان نجاسته غليظة او خفيفة وروي عن ابي حنيفة انه نجاسة غليظة وعن ابي يوسف انه كبول ما يؤكل لحمه لان الناس اختلفوا في سور ما لا يؤكل لحمه من السباع كما اختلفوا فيما يؤكل لحمه فاوجب اختلافهم تخفيفا فيها كما اوجب هناك وسور الهرة مكروه وقال ابو يوسف غير مكروه وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصغي للهرة الاناء فتشرب منه ثم يتوضأ به وقيل كيف اكره مع هذا الحديث ولما قوله صلى الله عليه وسلم الهرة سبع والمراد بيان الفقه دون الخلقة والصورة لانه صلى الله عليه وسلم بعث لبيان الشرايع فان قيل فكان الواجب القول بنجاسته اجاب بقوله الا انه اسقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وقوله يعني الطوف اشارة الى الضرورة فان حكم النجاسة يسقط بها غير مرة ويجوز ان يكون اشارة الى ما روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تصلي وفي بيتها قصعة هريسة فجاءت هرة واكلت منها فلما فرغت من صلاتها دعت جاراتها فكن يتحامين من موضع فمها فمدت يدها واخذت من موضع فمها واكلت وقالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الهرة ليست بنجسة انها من الطوافين والطوافات عليكم فان قيل حديث ابي هريرة يدل على النجاسة فهو محرم فلا يرجح فالجواب ان حديث ابي هريرة ما رواه ... حديث عائشة فيتقوى حديث

عائشة بقوة حالها وقوة دلالته فقد رجح المحرم وحمل ما رواه ابو يوسف من اصغاء الاناء لها على ما قبل التحريم … ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وهو
قول الطحاوي وهو يدل على انه الى التحريم اقرب وقيل لعدم تحاميها النجاسة لانها تتناول الجيف وهو قول الكرخي وهو يدل على ان كراهته كراهة
تنزيه قيل وهو الاصح والاقرب الى موافقة الاثر … ولو اكلت … الهرة … والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف يعني
قوله اذا امكثت ساعة لغسل فمها بلعابها لانه يجوز ازالة النجاسة بالمائعات الطاهرة ولكن الصب شرط عند ابي يوسف للتطهير في
العضو وسقط هنا للضرورة قال وسؤر الدجاجة المخلاة لانها تخالط النجاسة مكروه المخلاة هي التي تجول في عذرات الناس والمحبوسة
على خلافها والمحبوسة على وجهين احدهما ان تكون محبوسة في بيت نفسها والثاني ان تكون محبوسة للتسمين ويكون رأسها واكلها وشربها
خارج البيت والاولى تجول عذرات نفسها دون الثانية وانما قيد بقوله بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدمها اشارة الى الوجه الثاني فانها
اذا كانت كذلك وقع الامن من مخالطة النجاسة بخلاف غيرها … وكذا سؤر سباع الطير معطوف على قوله وسؤر الدجاجة المخلاة لتكون داخلا في
حكم النجاسة وفي القياس نجس اعتبارا بسباع الوحش وجه الاستحسان انها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف بخلاف سباع البهائم فانها تشرب
بلسانها وهو رطب بلعابها واستدل المصنف على كراهته بانه يشبه المخلاة وهو اكل الميتات الخ فكان يشبهها وعن ابي يوسف انها اي سباع الطير اذا
كانت محبوسة ويعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية قال الفقيه ابو الليث روى الحسن بن زياد عن
ابي حنيفة انه قال ان كان هذا الطير لا يتناول الميتة مثل البازي الاهلي ونحو ذلك فلا يكره الوضوء … وسؤر ما يسكن البيوت طاهر
… والتنبيه على العلة في الهرة قبل هذه وفي التنبيه على العلة التي كانت في الهرة وقيل هو جواب سؤال تقريره هذا الذي ذكر
على كون الطوف علة لسقوط النجاسة ووجه ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم علل سقوط النجاسة عن سؤر الهرة بعلة الطوف بقوله عليه الصلاة
والسلام انها من الطوافين عليكم والطوافات تدفعا للحرج وقد وجد الطوف في سواكن البيوت ازيد منه في الهرة فان ثلمة البيت اذا
لا يمكن ان تدخل الهرة فيه واما سواكن البيوت كالحية والفارة فانه لا يمكن منعها عن الطوف فكان تنبيها على سقوط النجاسة ثم استدل
ابو حنيفة رحمه الله بتعليله عليه الصلاة والسلام هنا سقوط في سؤر الهرة على سقوط نجاسة سؤر سواكن البيوت بعلة الطوف
وسؤر البغل والحمار مشكوك فيه هذه عبارة اكثر المشايخ وابو طاهر الدباس انكر ان يكون شيء من احكام الله مشكوكا فيه وقال سؤر الحمار طاهر
لو غمس فيه الثوب جازت الصلاة معه الا انه احتاط فيه فامر بالجمع بينه وبين التيمم والمشايخ قالوا المراد بالشك التوقف لتعارض الادلة و
والشافعي يجعله طاهرا وطهورا لان كل حيوان ينتفع بجلده فسؤره طهور عنده واختلف في ان الشك في طهارته او طهوريته فقيل في طهارته لانه
لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب لان اختلاط الطاهر بالماء لا يخرجه عن الطهورية ما لم يغلب كما اذا اختلط ماء الورد بالماء وقيل في
طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لم يجب عليه غسل رأسه يعني بعد ما مسح رأسه بسؤر الحمار ولو كان الشك في طهارته لوجب وانما عين الرأس لان
غيره من الاعضاء يطهر بصب الماء عليه … وكذا لبنه طاهر ولا يؤكل قيل هذا ليس بظاهر الرواية وانما هو فيه نجس والمذكور في الكتاب انما
هو رواية عن محمد … وعرقه لا يمنع جواز الصلاة وان فحش هو احدى الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية هو نجس نجاسة خفيفة
وفي رواية نجس نجاسة غليظة والمشهور هو المذكور في الكتاب قال القدوري عرق الحمار طاهر في الروايات المشهورة … فكذا سؤره يعني
ان اللبن والعرق والسؤر يتولد كلها منه فاذا كانا طاهرين كان السؤر كذلك … وهو الاصح اي القول بان الشك في طهوريته اصح نص
محمد على طهارته هو ما روي عن محمد انه قال اربع لو غمس فيه الثوب لم ينجس وهو سؤر الحمار والماء المستعمل ولبن الاتان وبول ما يؤكل لحمه … وسبب الشك
تعارض الادلة اختلف المشايخ في سبب الشك في سؤره فمنهم من قال هو تعارض الادلة في اباحته وحرمته فانه روي ان غالب بن ابجر سأل رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال لم يبق لي مال الا حميرات فقال عليه السلام كل من سمين مالك وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر
قال شيخ الاسلام هذا لا يقوى لان لحمه حرام بلا اشكال لانه اجتمع فيه المحرم والمبيح فغلب المحرم على المبيح كما لو اخبر عدل بان هذا اللحم ذبيحة
مجوسي والاخر انه ذبيحة مسلم فانه لا يحل اكله لتغليب الحرمة فكان لحمه حراما بلا اشكال ولعابه متولد منه فيكون نجسا وفيه نظر لانه يستلزم نجاسة لبنه
وقد تقدم من قول المصنف انه طاهر والجواب بالالتزام فانه في ظاهر الرواية نجس كما تقدم ومنهم من قال اختلاف الصحابة رضي الله عنهم
في طهارته فانه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يكره التوضي بسؤر الحمار والبغل وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال لا باس
بالتوضي به ولم يترجح احد القولين على الاخر فاوجب شكا قال شيخ الاسلام ولكن هذا لا يقوى لان الاختلاف في طهارة الماء ونجاسته لا
يوجب الاشكال كما لو اخبر عدل انه طاهر واخبر اخر انه نجس فان الماء لا يصير مشكلا وان اختلفا في طهارة الماء ونجاسته وقد استوى الخبران
فكذا هذا ثم قال والاصح ان دليل الشك هو التردد في الضرورة فان الحمار يربط في الدور والافنية فكان فيه الضرورة الا انها دون ضرورة
الهرة والفارة لدخولهما المضايق دون الحمار فلو لم تكن ضرورة اصلا كان كالسباع في الحكم بالنجاسة بلا اشكال ولو كانت الضرورة كضرورتهما
كان مثلهما في سقوط النجاسة وحيث ثبتت الضرورة من وجه دون وجه واستوى ما يوجب النجاسة والطهارة تساقطا للتعارض فوجب
المصير الى الاصل والاصل شيئان طهارة في جانب الماء ونجاسة في جانب اللعاب لان لعابه نجس كما بينا وليس احدهما باولى من الاخر فيبقى الامر
مشكلا نجسا من وجه طاهرا من وجه فكان الاشكال في سؤره عند علمائنا بهذا الطريق لا لاشكال لحمه ولا لاختلاف الصحابة في سؤره هذا
حاصل ما نقله صاحب النهاية عن شيخ الاسلام رحمهما الله وههنا نكتة لا باس بالتنبيه عليها وهي ان طهارة اللعاب ونجاسته دائرتان على
طهارة اللحم ونجاسته وقال المصنف في اول هذا الفصل وهو المعتبر في الباب ولا يخلو اما ان يكون المراد بالنجاسة قبل الذبح او بعده فان كان
الاول كانت الشاة مساوية للكلب في ان لحم كل واحد منهما … ان المراد باللحم الطاهر المتولد منه اللعاب ما يحل اكله بعد الذبح وبالنجس مقابله الا ان
سؤر

سؤر الحمار والبغل في رواية والهرة للضرورة وهذا لانهما اشتركا في النجاسة المجاورة بالدم المسفوح قبل الذبح فان الشاة لا تؤكل اذا ماتت حتف
انفها واشتركا في الطهارة بعده لزوال الدم وهو المنجس فلا فرق بينهما الا ان الشاة تؤكل بعد الذبح دون الكلب وقد دل الدليل على طهارة سؤر الشاة
دون الكلب ولا فرق بينهما ايضا في الطاهر الا اختلاط اللعاب المتولد من اللحم فعلم من هذا ان اللعاب المتولد من لحم مأكول بعد الذبح طاهر
بلا كراهة دون غيره اضافة للحكم الى الفارق صيانة لحكم الشرع عن المناقضة ظاهرا هذا ما سنح لي والله اعلم بالصواب قوله وعن ابي حنيفة
انه اي سؤر الحمار والبغل نجس … ترجيحا للحرمة والنجاسة يجوز ان تكون الحرمة متعلقة بتعارض الادلة والنجاسة متعلقة باختلاف الصحابة
ويجوز ان يكون معناه ترجيحا للحرمة لان المحرم مرجح والنجاسة لانه اذا ترجح المحرم تترجح النجاسة ايضا لامتناع الطهارة مع الحرمة واستشكل
بما اذا اخبر عدل بحل طعام واخر بحرمته فانه يترجح خبر الحل وبما اذا اخبر عدل بطهارة الماء واخر بنجاسته ترجح الطهارة واجيب بان تعارض الخبرين
في الطعام يوجب التهاتر والعمل بالاصل وهو الحل لا يجوز ترجيح الحرمة بالاحتياط لاستلزامه تكذيب المخبر بالحل من غير دليل فاما ادلة
الشرع في حل الطعام وحرمته فيوجب الترجيح بدليل تعليل الله لنسخ الذي هو خلاف الاصل على ما عرف في الاصول والعمل بالاحتياط واجب
عند عدم المانع وكذا تعارض الخبرين في الماء يوجب التهاتر والعمل بالاصل لوقوع الشك في اختلاط النجاسة به والاصل عدمه فبقي الماء على اصله
وهو الطهارة فاما ههنا فقد اختلط اللعاب المتولد من اللحم بالماء بيقين وقد رجح جهة الحرمة فيه باتفاق الروايات عن اصحابنا ومن ميله
على النجاسة على ما بينا فيجب ترجيح النجاسة بهذا الدليل … والبغل من نسل الحمار وقوله فان لم يجد غيرهما طاهر … ولنا ان المطهر
احدهما يعني ان المطهر في الواقع اما السؤر او التراب فان كان الاول فلا فائدة في استعمال الثاني بتقدم او تأخر وان كان الثاني فلا يضر
التقديم والتأخير فوجب الضم دون الترتيب والضمير في فيقيد راجع الى قوله يتوضأ بهما ويتيمم في قول محمد رحمه الله قوله وسؤر الفرس
طاهر عندهما معناه طاهر … في الصحيح احتراز عن الروايات الباقية فانه ذكر في المحيط في سؤر الفرس عن ابي حنيفة اربع روايات قال
في رواية احب الي ان يتوضأ بغيره وهو رواية البلخي عنه وفي رواية الحسن عنه انه مكروه كلحمه وفي رواية هو مشكوك كسؤر الحمار وفي
رواية كتاب الصلاة هو طاهر وهو الصحيح قال فان لم يجد الا نبيذ التمر انما ذكر نبيذ التمر في فصل الاسآر لانه اشبهها خاصة بسؤر البغل والحمار على
قول محمد فانه يقول بضم التيمم الى الوضوء به احتياطا كما سنذكره والكلام فيه في ثلاثة مواضع في وقت الجواز وفي جواز الوضوء به وفي نفسه فاما
الاول فهو الوقت الذي يجوز فيه التيمم واليه اشار بقوله فان لم يجد الا نبيذ التمر يعني اذا عدم الماء المطلق واما الثاني فقد اختلف فيه وقد
روي عن ابي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في الجامع الصغير والزيادات انه يتوضأ به ولا يتيمم وذكر في كتاب الصلاة انه ان توضأ
به وتيمم احب الي قال شيخ الاسلام فيه اشارة الى انه لو توضأ به ولم يتيمم جاز ولو عكس لم يجز والجمع بينهما مستحب والثالثة هو ما روى نوح
ابن ابي مريم والحسن بن زياد انه يتيمم ولم يتوضأ به وبه اخذ ابو يوسف اما وجه الرواية الاولى فما ذكره في الكتاب من قوله لحديث ليلة الجن وهو
ما روى ابو رافع وابن المعتمر عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب ذات ليلة ثم قال ليقم معي من لم يكن في قلبه مثقال
ذرة من كبر فقام ابن مسعود رضي الله عنه فحمله رسول الله صلى الله عليه وسلم مع نفسه فقال عبد الله بن مسعود فخرجنا من مكة وخط رسول
الله صلى الله عليه وسلم خطا فقال لا تخرج عن هذا الخط فانك ان خرجت عنه لم تلقني الى يوم القيامة ثم ذهب يدعو الجن الى الايمان ويقرأ عليهم
القرآن حتى طلع الفجر وقال لي هل معك ماء اتوضأ به فقلت لا الا نبيذ التمر في اداوة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرة طيبة وماء طهور واخذ وتوضأ
به وصلى الفجر ووجه قول ابي يوسف وهو قول الشافعي العمل باية التيمم فانها تنقل التطهير عند عدم الماء المطلق الى التراب ونبيذ التمر ماء من
وجه فيكون الحديث مردودا لكونها اقوى من الحديث او هو اي الحديث منسوخ بها اي باية التيمم فانها مدنية وليلة الجن كانت بمكة فان
قيل نسخ السنة بالكتاب لا يجوز عندنا فكيف يستقيم قوله او هو منسوخ باية التيمم اجيب بان ذلك جواب ابي يوسف خاصة والمشترك
بينهما هو قوله عملا باية التيمم وقال محمد رحمه الله يتوضأ به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا لان مداره على ابي زيد مولى عمرو بن حريث روى
عنه ابو فزارة وكان نباذا روى هذا الحديث ليهون على الناس امر النبيذ وابو زيد كان مجهولا عند النقلة ولانه روي عن ابي عبيدة بن عبد الله
ابن مسعود انه قيل له هل كان ابوك مع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فقال ولوددت ان لو كان ابي صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولو كان مع النبي عليه الصلاة والسلام لكان مفخرا اعظميا ومنقبة لعقبه بعده فانكر كون ابيه مع النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان لما خفي
على ابنه وفي التاريخ جهالة ثم اختلفوا اي انتفى هذا الحديث بجهالة التاريخ فقال بعضهم ذلك باية التيمم وقال بعضهم لم ينسخ لان
اية التيمم نزلت في شأن الاسفار والنبيذ يستعمل في العادات فيما قرب من الامصار فيجب الجمع احتياطا فلما ليلة الجن كانت غير واحدة
يعني انها تكررت قال في التيسير ان الجن اتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم دفعتين فيجوز ان يكون الدفعة الثانية في المدينة بعد اية
التيمم فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور ثبت بطرق مختلفة وعملت به الصحابة رضي الله عنهم كعلي روى عنه الحارث انه قال الوضوء
بنبيذ التمر وضوء من لم يجد الماء وروي عنه من طرق مختلفة بانه كان لا يرى باسا بالوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء وروى عكرمة عن ابن عباس
انه قال توضأوا بنبيذ التمر ولا تتوضأوا باللبن وروي عنه من طرق مختلفة انه كان يجوز الوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء وروي عن
عبد الله بن مسعود انه كان يجوز التوضي بنبيذ التمر حال عدم الماء وهم كبار ائمة الفتوى فيكون قولهم معمولا به ومثله اي بمثل هذا
الحديث المشهور يزاد على الكتاب قال ابو حنيفة رحمه الله ان اشتبه كون عبد الله مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن قلنا في
الباب ما يكفي للاعتماد عليه وهي رواية هذه الكبار من الصحابة رضوان الله عليهم … واما الاغتسال اي بنبيذ التمر على قول
ابي حنيفة فقد اختلف فيه فمنهم من جوزه اعتبارا بالوضوء لوجود المقتضي وهو وجود الحدث وعدم الماء ومنهم من لم يجوزه

لان الاثر جا في الوضوء خاصة والغسل فوقه فلا يلحق به قوله والنبيذ المختلف فيه بيان الموضع الثالث ذكر محمد في النوادر هو ان يلقي تميرات
حتى صار الما حلوا رقيقا ولا يكون مشتدا او مسكرا او ما اشتد منها وصار مرا لا يجوز الوضوء به بالاجماع لانه صار مسكرا حراما وان غيرته النار
فما دام حلوا رقيقا سيالا على الاعضا فهو على الاختلاف وان اشتد جاز الوضوء به عند ابي حنيفة لحل شربه عنده ولم يجز عند محمد لحرمته عنده
ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة كنبيذ الزبيب والتين وغير ذلك لان نبيذ التمر خص بالاثر على خلاف القياس فيبقى الباقي على موجب
القياس ولانه علل بعلة قاصرة وهي كونها ثمرة طيبة علل باسم وصفة وهو لا يوجد في غيره اعلم ان القدوري رحمه الله ذكر في شرحه عن
اصحابنا ان التوضي بنبيذ التمر لا يجوز الا لمن به كالتيمم لانه بدل عن الما كالتيمم حتى لا يجوز التوضي به حال وجود الما ولو توضا بالنبيذ ثم وجد
ما مطلقا ينتقض وضوؤه كما ينتقض التيمم بوجود الما والله اعلم لما فرغ عن ذكر الطهارة بالما شرع في
التيمم لانه خلف والخلف يعقب الاصل او نقول ابتدا بالوضوء ثم ثنى بالغسل ثم ثلث بالتيمم تاسيا بكتاب الله فان قيل كيف ترك التاسي بكتاب
الله في تقديم المسافر وخارج المصر على المريض مع ان الله تعالى قدم المريض على المسافر في قوله تعالى وان كنتم مرضى او على سفر اجيب بان التيمم من سبب
عدم الما وهو فيهما حقيقي وفي المريض حكمي والتيمم في اللغة القصد وفي الشريعة هو القصد الى الصعيد المتطهر فالاسم الشرعي فيه المعنى اللغوي
وثبوته بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا وكان نزولها في غزوة المريسيع حين عرس رسول الله صلى الله عليه وسلم
ليلة فسقطت من عايشة رضي الله عنها قلادة لاسما فلما ارتحلوا ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين في طلبها فنزلوا ينتظرونهما
فاصبحوا ليس معهم ما فاغلظ ابو بكر على عايشة رضي الله عنها وقال حبست رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين على غير ما فنزلت فلما صلوا بالتيمم
جا اسيد بن الحضير الى مضرب عايشة فجعل يقول ما اكثر بركتكم يا ال ابي بكر وفي رواية يرحمك الله يا عايشة ما نزل بك امر تكرهينه الا جعل الله فيه
للمسلمين فرجا واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال جعلت لي الارض مسجدا وطهورا اينما ادركتني الصلاة تيممت وصليت
وقوله صلى الله عليه وسلم التيمم طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الما والمراد بالما ما يكفي لرفع الحدث الذي به لان ما دونه يستوي وجوده وعدمه
اذ لا يثبت به استباحة الصلاة فكان كالمعدوم لا يقال ما في قوله تعالى فلم تجدوا ما نكرة في سياق النفي فتعم ما يسمى به قليلا كان او كثيرا
وذلك يقتضي الا يجوز التيمم الا بعد استعمال ما معه من الما وان كان لا يكفي للوضو كما في ازالة النجاسة الحقيقية كما هو مذهب الشافعي لانا نقول
المراد به ما تحل به الصلاة الا ترى ان وجود الما النجس لا يمنعه وان تناوله النكرة المذكورة والحل موقوف على ما يكفي بالاتفاق قوله او
خارج المصر منصوب لكونه حالا معطوفا على قوله وهو مسافر كما في قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا
ويجوز ان يكون مفعولا فيه وهو رد لقول من يقول لا يجوز التيمم الا للمسافر ومعناه ويجوز التيمم لمن هو خارج المصر وان لم يكن مسافرا اذا كان بينه
وبين المصر وفي بعض النسخ بين الما وهو اولى نحو الميل او اكثر وفيه اشارة الى نفي جواز التيمم في الامصار الا المواضع المستثناه على ما سياتي
وذكر في الاسرار لو عدم الما في الامصار جاز فيها ايضا لان الشرط عدمه وانما تحقق بعد وجود المقتضي جاز وعلى هذا يكون قوله او خارج المصر
اتفاقيا بحسب العادة لما ان عدم الما في الامصار نادر عادة قيل قوله او اكثر مستغنى عنه وهو ظاهر واجيب بانه تاكيد لا معنى التاكيد هو ان
يستفاد من الثاني ما استفيد من الاول وهذا كذلك ورد بانه يخل العاطف ياباه وقيل ذكره نفيا لرواية الحسن عن ابي حنيفة ان الما ان كان
قدامه فالمسافة ميلان وان لم يكن قدامه فميل وغيرها من الروايات على ما نذكره وهو غير حسن وقيل مقدار البعد انما يعلم حزرا وظنا فاذا كان ظنه
ان الما من حيث هو فيه ميل او اكثر يتيمم وان كان ظنه انه ميل او اقل لم يتيمم حتى اذا تحقق انه ميل يجوز وفيه نظر لانه بنى كلامه على انه
يعلم حزرا وظنا ومن اين يتحقق ذلك والمراد من عدم الوجد ان عدم القدرة على استعمال الما قوله الى تغليبه حجة لكثرة لا للغاية يجوز
التيمم في الزمن ذلك ايضا اذا لم يجد الما قوله والميل هو المختار في المقدار احترازا عن غيره عن الاقوال فانه روي عن محمد رحمه الله انه يجوز
التيمم اذا كان الما على قدر ميلين وعن الكرخي انه كان في موضع يسمع صوت اهل الما فهو قريب والا فهو بعيد وبه اخذ اكثر المشايخ وقد
ذكرنا انفا رواية الحسن عن ابي حنيفة وروي عن زفر ان كان يصل الى الما قبل خروج الوقت لا يجزيه التيمم والا فيجزيه والا قرب الى الما منه والميل
ثلث فرسخ والفرسخ اثنا عشر الف خطوة وقدر ابن شجاع الميل بثلاثة الاف ذراع وخمسماية ذراع الى اربعة الاف ذراع ووجه المختار انه يلحقه
الحرج بدخول المصر بالوصول الى الما في هذا المقدار من المسافة والحرج مدفوع قوله والما معدوم حقيقة يجوز ان يكون تلويحا الى ما يقال
النص مطلق عن ذكر المسافة فتقييده بالميل تقييد لمطلق الكتاب بالراي وهو لا يجوز وتقريره ان المنصوص عليه كون الما معدوما وههنا معدوم
حقيقة لكنا نعلم بيقين ان عدمه مع القدرة عليه بلا حرج ليس يجوز للمتيمم والايجاز لمن سكن شاطي البحر وقد عدم الما من بلدته فجعلنا الحد الفاصل
بين البعد والقرب لحوق الحرج لان الطاعة بحسب الطاقة قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج قوله والمعتبر المسافة دون خوف الفوت
احترازا عما ذكرنا من قول زفر انفا قال التيمم شرع لضرورة الحاجة الى ادا الصلاة في الوقت وقد تحقق فيما نحن فيه وقلنا التفريط جا من
قبله بتاخير الصلاة فليس له ان يتيمم اذا كان الما قريبا منه قوله ويتيمم لما تكونا يعني قوله تعالى وان كنتم مرضى قوله ولان الضرر في
زيادة المرض الى اخره لان تمر الما او الما لا خلوق وقاية للنفس فكان تبعا ولما كان الحرج مدفوعا عن الوقاية التي هي تبع فلان يكون مدفوعا
عن الموقي الذي هو اصل اولى قوله ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك كالمبطون او بالاستعمال كالجدري والحصبة قوله واعتبر الشافعي خوف
التلف اي تلف النفس اي عضوه وهو اي اعتبار الشافعي مردود بظاهر النص لان قوله تعالى وان كنتم مرضى باطلاقه يبيح التيمم لكل مريض
الا انه خرج من لا يشتد مرضه بسياق الاية وهو قوله تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج فان الحرج انما يلحق من يشتد مرضه به فيبقى الباقي
على ظاهرها فان قيل لا نسلم اطلاق النص لتقييده بالعدم اجيب بان العدم شرط في حق المسافر دون المريض قوله ولو خاف الجنب الى اخره

طاهر ولم يذكر المحدث اذا خاف الهلاك من الوضوء في المصر وقال في الاسرار هما سواء وذكر في المحيط اختلاف الرواية فيه فجوزه شيخ الاسلام ولم يجوزه
الامام الحلواني قوله والتيمم ضربتان قيل في قوله ضربتان اشارة الى ان نفس الضرب داخل في التيمم فمن ضرب بيديه على الارض للتيمم واحدث قبل
ان يمسح بهما وجهه وذراعيه ثم مسح بهما لم يجز لانه احدث بعدما اتى ببعض التيمم فكان كمن احدث في خلال الوضوء وذكر الامام الاسبيجابي جواز
كمن ملا كفيه ما للوضو ثم احدث ثم استعمله واختيار لفظ الضرب وان جاز الوضع ايضا للمبالغة في ايصال التراب الى اثنا الاصابع قوله
وبالاخرى يديه الى المرفقين يعني لقول الزهري فانه يمسح الى الاباط وهو رواية عن مالك ولرواية الحسن عن ابي حنيفة انه الى الرسغ وهو مروي
عن ابن عباس رضي الله عنهما قوله وينفض النفض تحريك الشي ليسقط ما عليه من غبار وغيره قوله بقدر ما يتناثر التراب اشارة الى انه لا
يقدر بمرة كما روي عن محمد بل اذا احتاج الى الثاني فعل ولا بمرتين كما روي عن ابي يوسف بل ان يتناثر بمرة لا يحتاج الى الثاني لان المقصود هو ان
لا يصير مثله وهو يحصل بالنفض سوا كان مرة او مرتين والمثلة ما يتمثل به في تبديل خلقته وتغيير هيئته سوا كان بقطع عضو او تسويد وجه
او تغييره وقد حكى بن عمر وجابر رضي الله عنهم تيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم وكيفيته ان يضرب بيديه على الارض ثم ينفضهما حتى يتناثر التراب
فيمسح بهما وجهه ثم يضرب اخرى فينفضهما ويمسح بباطن اربع اصابع يده اليسرى ظاهر يده اليمنى من روس الاصابع الى المرفق ثم يمسح بباطن كفه
اليسرى باطن ذراعه اليمنى الى الرسغ ويمر بباطن ابهام يده اليسرى على ظاهر ابهام يده اليمنى ثم يفعل بيده اليسرى كذلك قوله ولا بد من الاستيعاب
يعني ان الاستيعاب شرط في التيمم حتى اذا ترك شيئا لم يجز كما في الوضوء قوله في ظاهر الرواية احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة قال الاكثر
يقوم مقام الكل لان في الممسوحات الاستيعاب ليس بشرط كما في مسح الخف والراس وجه الظاهر ان التيمم قايم مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل
الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والاستيعاب في الوضوء شرط فكذا في ما قام مقامه ولولا الخلفية لكان المسح الى المناكب واجبا عملا بالمطلق
وهو ذكر الايدي في الكتاب والسنة ولا يلزم اية السرقة لان النبي صلى الله عليه وسلم بين محل القطع وهو الزند بالقول والفعل بخلاف ما نحن فيه
فان قيل قد دل الدليل على ان حقيقة اليد ليست بمرادة فان اليد اذا دخل المحل تعدى الفعل الى الة فلا يقتضي استيعاب المحل اجيب بان
البا صلة كما في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة فلا يقتضي بعض المحل وفيه بحث ذكرناه في التقرير والانوار قوله والحدث
والجنابة فيه اي في التيمم من حيث الجواز والكيفية والالة سوا وهو قول اصحابنا وعليه العلما وهو المروي عن علي وابن عباس وعايشة
رضي الله عنهم وقال بعض الناس لا يتيمم الجنب والحايض والنفسا وهو المروي عن عمر بن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم ومنشا الاختلاف
فيما بينهم ان قوله تعالى او لامستم النسا محمول على المس باليد او على الجماع فذهب الاولون الى الثاني والاخرون الى الاول قال القياس الا يكون
التيمم طهورا وانما اباحه الله تعالى للمحدث فلا يباح للجنب لانه ليس بمعقول المعنى حتى يصح القياس وليست في معناه لتلحق به بل هي فوقه
وقال الاولون الملامسة اريد بها الجماع مجازا لسياق الاية فان الله تعالى بين حكم الحدث والجنابة في اية الوضوء ثم نقل الحكم الى التراب
حال عدم الما وذكر الحدث الاصغر بقوله او جا احد منكم من الغايط فيحمل لامستم على الحدث الاكبر ليصير الطهارتان والحدثان مذكورين في اية
البدل كما ذكرا في اية الوضوء ولئلا يلزم التكرار لان الاصغر مذكور في قوله تعالى او جا احد منكم من الغايط في حق التيمم فحمل لامستم عليه تكرار وليس
سلمنا ان الله تعالى شرع التيمم للمحدث فرسوله صلى الله عليه وسلم شرعه للجنب ايضا فما روي ان قوما جاوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الما شهرا او شهرين وفينا الجنب والحايض والنفسا فقال عليه الصلاة والسلام عليكم بارضكم وفي
الاحاديث الدالة على ذلك كثرة حديث البخاري في صحيحه باسناده الى عمران بن حصين رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا
معتزلا لم يصل في القوم فقال يا فلان ما منعك ان تصلي في القوم فقال يا رسول الله اصابتني جنابة ولا ما فقال عليك بالصعيد فانه
يكفيك قوله ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بيان لما يجوز به التيمم قوله بكل ما كان من جنس الارض قيل كل ما يحترق
بالنار فيصير رمادا كالشجر او ينطبع او يلين كالحديد ليس من جنس الارض وههنا لطيفة وهي ان الله تعالى خلق جوهرة ونظر اليها فصارت ما
ثم تكاثف منه فصار ترابا وتلطف منه فصار هوا وتلطف منه فصار نارا فان الما اصل ذكره المفسرون وهو منقول عن التوراة فاذا
تعذر الطهارة بالاصل انتقل الى التبع واقيم مقامه كالنبات كالشجر ونحوه والمعدني كالحديد وشبهه ليس بتبع للما وحده حتى يقوم مقامه ولا
للتراب كذلك وانما هو مركب من العناصر الاربعة فليس له اختصاص بشي منها حتى يقوم مقامه وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الا بالتراب
والرمل ثم رجع عنه الى انه لا يجوز الا بالتراب الخالص وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا هكذا فسره
ابن عباس رضي الله عنهما وهذا يقتضي العض عليه غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل في قوله الاول بما روينا من قوله عليكم بارضكم ولهما ان
الصعيد اسم لوجه الارض كذا روي عن الخليل وذكر صاحب الكشاف عن الزجاج ان الصعيد اسم لوجه الارض وقال الزجاج في معاني القران
لا اعلم بين اهل اللغة اختلافا في ان الصعيد وجه الارض وفي الصحاح عن ثعلب ان الصعيد وجه الارض قال المفسرون سمي به لصعوده وهو اشارة
الى انه فعيل بمعنى فاعل واذا كان كذلك فتقييده بالتراب المنبت تقييد للمطلق بلا دليل والطيب يحتمل الطاهر كما في قوله تعالى هذا الا طيبا
فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة الا ترى انه لو كان التراب المنبت نجسا لم يجز التيمم به اجماعا فعلم ان الانبات ليس له اثر في هذا الباب
ومما يدل عليه قوله تعالى ولكن يريد ليطهركم قوله او هو مراد بالاجماع دليل اخر وتقريره ان الطيب مشترك بين الطاهر والمنبت والطاهر
مراد بالاجماع كما مر انفا فلا يكون المنبت مرادا لان المشترك لا عموم له ثم لا يشترط ان يكون عليه اي على الصعيد غبار يلتزق باليد فيجوز التيمم
بالكحل والاجر والمرداسنج والياقوت والفيروزج والمرجان والزمرد والزبرجد وان كانت ملسا لا غبار عليها عند ابي حنيفة ومحمد في
احدى الروايتين عنه لاطلاق ما روينا من قوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا وفي رواية اخرى عنه وهو قول ابي يوسف والشافعي واحمد لا يجوز

يدونه لقوله تعالى وامسحوا بوجوهكم وايديكم منه اي من التراب وهو كما يرى يوجب المسح بشي من الارض لكون كلمة من للتبعيض والجواب ان الضمير يحتمل ان يعود الى الحدث او يحمل على ابتدا الغاية وكذلك يجوز بالغبار بنفض ثوبه او لبده مع القدرة على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وابو يوسف رحمه الله لم يجوزه مع القدرة على الصعيد عند ابي حنيفة لان الغبار ليس بتراب خالص ولكنه من التراب من وجه والمامور به التيمم بالصعيد فعند القدرة عليه لا يجوز العدول عنه واما عند العجز عنه فيجوز كالايما عند العجز عن الركوع والسجود ودليلهما قوله لانه تراب رقيق فان من نفض ثوبه يتاذى بمجاوره من التراب فكما يجوز التيمم منه فكذا بما هو رقيق والشرط بالتيمم في الغبار المسح بيده لا مجرد اصابة الغبار مع النية فلو اصابت وجهه وذراعيه غبار ونوى التيمم ولكن لم يمسح به وجهه وذراعيه لم يكن متيمما والنية فرض في التيمم خلافا لزفر وهو يقول التيمم خلف عن الوضو وهو طاهر لان الخلف هو ما يجوز الاتيان به عند عدم وجدان الاصل وما نحن فيه كذلك لا محالة والخلف لا يخالف الاصل في وصفه اي في وصفه الذي هو الصحة فان الوضو بدون النية صحيح فلو لم يصح التيمم بدونها كان الخلف مخالفا للاصل في وصفه وهو لا يجوز لخروجه عن الخلفية اذ ذاك ولنا انه ينبي عن القصد الماموربه هو قصد استعمال التراب وتفسير النية في التيمم ان ينوي الطهارة او رفع الحدث او الجنابة او استباحة الصلاة وهذا غير ذلك لا محالة فلا يلزم من كون احدهما مامورا به ان يكون الاخر شرطا او جعل طهورا دليل اخر وتقريره جعل التراب طهورا بشرطين بشرط عدم الماء والشرط ان يكون التيمم للصلاة لان قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا بنا على قوله اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم والمراد به فاغسلوا للصلاة فكذا قوله فتيمموا للصلاة فكما لا يفيد الطهارة حال وجود الماء فكذا لا يفيدها حال عدم النية والماء طهور بنفسه جواب سوال تقديره ان الماء ايضا في الاية جعل طهورا في حالة مخصوصة كما ذكرتم فكان الواجب ان تكون النية شرطا فيه وتقريره ان الماء مطهر بنفسه عامل بطبعه كما مر فلا يحتاج الى النية كما في ازالة النجاسة العينية ثم اذا نوى بالطهارة طاهر هو الصحيح من المذهب احترازا عما قال به ابو بكر الرازي كانه كان يقول يحتاج الى نية التيمم للحدث او الجنابة لان التيمم لهما بصفة واحدة فلا يتميز احدهما عن الاخر الا بالنية كصلاة الفرض عن النافلة ووجه ما قال في الكتاب ان التيمم طهارة فلا يلزم نية اسبابها كما في الوضوء قال فان تيمم نصراني يريد به الاسلام نصراني تيمم يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة اما القربة فلان الاسلام اعظم القرب واما انها مقصودة فلان المراد ما لم يكن في ضمن شي اخر كالشروط واذا كان كذلك صح تيممه كالمسلم يتيمم للصلاة بخلاف ما اذا تيمم المسلم لدخول المسجد ومس المصحف فلانه لا يكون متيمما لان كل واحد منهما ليس بقربة مقصودة لحصوله في ضمن شي اخر ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حال ارادة قربة مقصودة لا يصح بدون الطهارة والاسلام ليس كذلك لانه يصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة على التفسير الذي ذكرنا ولا تصح بدون الطهارة قال صاحب النهاية في هذا اللفظ اشارة الى ان الكافر لو نوى قربة بالتيمم لا تصح تلك القربة بدون الطهارة كان متيمما وليس الامر كذلك فان الكافر اذا تيمم للصلاة ثم اسلم لا تجوز الصلاة بذلك التيمم نص على هذا شيخ الاسلام في مبسوطه بل المعول في التعليل ان يقال الكافر ليس باهل للنية والتيمم لا يصح بدون النية فلذلك لا يصح فيه التيمم وعن هذا قال ابو يوسف بين نية للاسلام ونية للصلاة فقال يكون متيمما في الاول دون الثاني وقال لان الاسلام يصح منه فيصح منه نية التيمم للاسلام بخلاف ما لو تيمم بنية الصلاة لان الصلاة قربة لا تصح من الكافر والصحة نية الصلاة فيحصل وجود هذه النية وعدمها بمنزلة فيبقى التيمم من غير نية فلا يصح وان توضا النصراني لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضي عندنا لان النية ليست بشرط عندنا فعدم اهليته لا يضر وقال الشافعي ليس بمتوضي لان النية شرط وهو ليس من اهلها فهو لو بنا على اشتراط النية دليل الشافعي ويفهم منه دليلنا فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر بطل تيممه لان الكفر ينافي التيمم ابتدا فكذا بقا كالمحرمية في النكاح بان كانا صغيرين وقد زوج كل واحد منهما بالاخر ابواهما ثم ارضعتهما امراة فانه يرتفع النكاح واعترض بان الكفر ينافي التيمم باعتبار كونه عبادة وكونه عبادة انما هو بالنية وليست بشرط عند زفر فيكون اعتراض الكفر على التيمم كاعتراضه على الوضوء واجيب بانه روي عن زفر رواية اخرى اشترط فيها النية للتيمم وقيل المنافاة بينهما باعتبار عدم الاهلية لانه شرع للصلاة والكافر ليس باهل لها فكان فعله كفعل البهيمة فيكون تيممه باطلا نوى او لم ينو ويستوي فيه الابتدا والبقا ولنا ان الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهرا والكفر لا ينافيه فاعتراضه عليه كاعتراضه على الوضوء وانما لم يصح من الكافر ابتدا لعدم النية منه وليس البقا كذلك لوجودها فان قيل الردة تحبط العمل لقوله تعالى ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله ووضوءه وتيممه من عمله فكيف يبقيان بعد الردة اجيب بان الردة تحبط ثواب العمل وذلك لا يمنع زوال الحدث كمن توضا ريا فان الطهارة تزول به وان كان لا يثاب على وضوئه قال وينقض التيمم كل شي ينقض الوضوء قد تقدم ان التيمم خلف عن الوضوء ولا شك ان الاصل اقوى من الخلف فما كان ناقضا للاقوى كان ناقضا للاضعف بطريق الاولى فكما نقض الوضو نقض التيمم وينقضه ايضا روية الماء عند القدرة على الاستعمال واسناد النقض الى روية الماء اسناد مجازي لان روية الماء على القدرة على الاستعمال شرط لعمل الحدث السابق عمله عندها والناقض حقيقة هو الحدث السابق لخروج النجس وقوله لان القدرة هي المرادة فذلك لما مر قبله وقوله هو غاية لطهورية التراب سماه غاية من حيث المعنى اذ ليس في لفظ الكتاب العزيز ما يدل على ذلك والمذكور في الحديث قوله صلى الله عليه وسلم ما لم يجد الماء كلمة المدة اي ما دام انه غير واجد للماء ولكن معناها يقتضيها اي ان الحكم بعد ذلك الوقت يخالف ما قبله فسمي باسم الغاية قيل لا يلزم من انتهاء طهورية التراب الطهارة الحاصلة به كالماء فانه يصير نجسا بالاستعمال وتنتهي طهوريته وتبقى الطهارة الحاصلة به واجيب بان الطهارة الحاصلة به كالماء لانه يصير نجسا صفة راجعة الى المحل وكل ما هو كذلك فالابتدا والبقا فيه سواء وخائفا العدو او سبعا او عطشا كان خائفا على نفسه او ماله كذا في شرح الطحاوي والسبع والعطش عاجز

حكما

حكما لا نصيابه النفس اوجب من صيانة الطهارة بالماء لانه له بدلا ولا بدل للنفس والنايم يعني من لم يكن مضطجعا ولا مستندا في المحمل فاما اذا كان كذلك ينتقض تيممه بالنوم فلا ياتي هذه المسلة الا تقديرا اي حكما عند ابي حنيفة رحمه الله فينتقض به تيممه لانه عاجز عن الاستعمال فعد واجدا من قبله فلا يكون معذورا وقيل ينبغي ان لا ينتقض عند الكل لانه لو تيمم ويقرب منه ما لا يجوز تيممه عند الكل وفي المبسوط ذكر التمرتاشي وفي زيادات الحلواني في انتقاض تيمم النايم الماء بالماء روايتان من غير ذكر خلاف والمراد ما يكفي للوضوء يعني الماء الذي يمر عليه النايم وقد مر قولنا من قبل لان الطيب يعني ان قوله تعالى صعيدا طيبا اريد به الطاهر بالاجماع كما تقدم ويستحب لعادم الماء وهو قبل هذه المسلة تدل على ان الصلاة في اول الوقت افضل عندنا ايضا الا اذا تضمن التاخير فضيلة لا تحصل بدونه كتكثير الجماعة والصلاة باكمل الطهارتين وردا بان هذا ليس مذهبا لاصحابنا الا ترى الى ما صرح به صاحب الهداية وغيره من المتقدمين في كتبهم بقولهم ويستحب الاسفار بالفجر والابراد بالظهر في الصيف وتاخير العصر ما لم تتغير الشمس وتقديم المغرب وتاخير العشا الى ما قبل ثلث الليل على ما سياتي لعادم الماء ليس احترازا عن غير عادم بل هو احتراز عن قول الشافعي فان عنده ان عادم وان رجا ان يجده في اخر الوقت يقدم الصلاة وكذا قوله كالطامع في الجماعة ليس باحتراز عن غير الطامع بل هو الزام على الشافعي لان مذهبه ان التاخير مستحب اذا كان طامعا في الجماعة ونظيره قول الاصحاب في موجبات الغسل والتقا الختانين من غير انزال فانه ليس احترازا عن الانزال لعدم الفرق بين الانزال وعدمه في الموجبة لا محالة فانما هو احتراز عن قول الانصار في غير رواية الاصول رواية الاصول رواية الجامعين والزيادات والمبسوط ورواية غير الاصول رواية النوادر والامالي والرقيات والكيسانيات والهارونيات لان غالب الراي كالمتحقق الا ترى ان الله تعالى سمى غالب الراي علما فقال فان علمتموهن مومنات الاية ووجب العمل بخبر الواحد والقياس كذلك قال الشيخ عبد العزيز رحمه الله هذا التعليل مشكل لانه يقتضي ان يجب التاخير عند التحقق في اخر الوقت مع بعد المسافة في الروايات الظاهرة فيصح بقيا عليه وليس كذلك فانه ذكر في اول الباب ان من كان خارج المصر يجوز له التيمم اذا كان بينه وبين الماء ميل او اكثر وفي الخلاصة وعامة النسخ المسافر اذا كان على تيقن من وجود الماء في اخر الوقت او ظنه ذلك جاز له التيمم اذا كان بينه وبين الماء ميل وان كان اقل لا يجوز وان خاف فوت الصلاة فان حمل هذا المعنى التعليل على ان الماء اذا ان التيمم لا يجوز في التحقق في رواية الاصول فالحق به غالب الظن في هذه الرواية لم يستقم ايضا لانه على وجه ظاهر الرواية بان العجز ثابت حقيقة فلا يزول الا بيقين مثله وذلك يقتضي ان حكم العجز وهو جواز التيمم يزول عند التيقن بوجود الماء في ظاهر الرواية وليس كذلك على ما بينا ولو حمل على ان هذا اذا كان بينه وبين ذلك الموضع اقل من ميل لم يستقم ايضا لانه لا فرق في تعليل ظاهر الرواية بين غلبة الظن واليقين فيما اذا كانت المسافة اقل من ميل في جواز التيمم كما انه لا فرق بينهما فيما اذا كانت المسافة اكثر من ميل في جواز التيمم وقد صح في هذا الباب انه اذا غلب على ظنه ان بقربه ماء لا يجوز تيممه كما لو تيقن بذلك فعلم انه مشكل قيل وجه اخر وهو ان يحمل هذا على ما اذا لم يعلم ان الماء قريب او بعيد فلو ثبت انه تيقن بوجود الماء في اخر الوقت فقد امن من الفوات وكما لم يثبت بعد المسافة للشك فيه لم يثبت جواز التيمم فيجب التاخير اما لو غلب على ظنه ذلك فكذلك عندهما في غير رواية الاصول لان الغالب كالمتحقق وفي ظاهر الرواية لا يجب التاخير لان العجز ثابت لعدم الماء حقيقة وحكم هذا العجز وهو جواز التيمم لا يزول الا بيقين مثله وهو اليقين بوجود الماء في اخر الوقت ولم يوجد فلا يجب التاخير ولكن هذا الوجه لا يخلو عن تمحل ويلزم عليه انه فرق بينهما بين غلبة الظن واليقين في ظاهر الرواية ولم يفرق بينهما فيما اذا غلب على ظنه ان بقربه ماء عدم جواز التيمم والا فيما اذا كانت المسافة بعيدة في جواز التيمم كما بينا قال فالاظهر تيان اشكاله ويصلي بتيممه اي بالتيمم الواحد ما شاء من الفرايض والنوافل في وقت واحد واوقات متعددة ما لم يجد الماء او يحدث وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية اذ التراب ملوث في نفسه ولهذا يعود حكم الحدث السابق عند روية الماء فلم يرتفع الحدث اذ لو ارتفع الحدث لم يعد الا بحدث جديد ولكن ابيحت الصلاة للضرورة فاذا صلى الفرض فقد انتفت الضرورة ولا يعود الا بمجي وقت اخر وهو في حق النوافل دايمة لدوام شرعيتها فيبقى بالنسبة اليها ولنا انه اي التراب طهور بشرط عدم الماء بالنص وكل ما هو طهور بشرط يعمل عمله ما بقي شرطه كالماء فانه طهور بشرط كونه طاهرا ويعمل عمله ما دام شرطه موجودا فان قلت هذه العبارة تقتضي ان يكون وجود الشرط مستلزما لوجود المشروط وليس كذلك لا محالة فالجواب ان الشرط اذا كان مساويا للمشروط استلزمه وههنا كذلك فان كل واحد من عدم الماء وجواز التيمم مساويا للاخر لا محالة فجاز ان يستلزمه قال ويجوز التيمم للصحيح في المصر اذا حضرت جنازة ان كل ما هو يفوت لا الى بدل جاز اداوه بالتيمم مع وجود الماء وصلاة الجنازة عندنا كذلك لانها لا تعاد وكذلك صلاة العيد تفوت لا الى بدل وقوله في المصر احتراز عن المغارة فان التيمم فيهما جايز وليا كان او غيره لعدم الماء فيها غالبا قوله اذا حضرت جنازة لان الوجوب انما هو بحضورها والولي غيره لان المتيمم اذا كان وليا لا يجوز له التيمم لانه لا يخاف الفوت لان له حق الاعادة فخاف ان يفوته الصلاة لانه اذا لم يخف الفوت لا يجوز له التيمم وهو اي عدم جواز التيمم للولي رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه وهو الصحيح احتراز عن ظاهر الرواية فان الجواب فيه جواز التيمم للولي لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال اذا فجئتك جنازة وانت على غير وضوء فتيمم وصل عليها ولم يفصل بين الولي وغيره وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما في صلاة فان احدث الامام والمقتدي في صلاة العيد وكان شروعه بالوضوء تيمم وبنى عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم للبنا لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام وذلك في حكم الصلاة بالجماعة فلا يخاف الفوت ولابي حنيفة رحمه الله ان الفوت باق لانه يوم ازدحام فلعله يعتريه عارض يفسد عليه صلاته مثل ان يسلم عليه احد فيرد عليه السلام او يهنيه بالعيد فيجيبه او ما اشبه ذلك فيفسد عليه صلاته وهي لا تقضى لانها لم تشرع الا بجماعة فكان خوف الفوت باقيا وان كان

شروعه بالتيمم وهي بالاتفاق لانا لو اوجبنا عليه الوضوء كان واجدا للما في صلاته فيفسد صلاته كمتيمم وجد الما في خلال الصلاة فانه يستانف
الصلاة قال هذا اختيار بعض المتاخرين ومنهم من قال يتوضا ويبني لقدرته على الما والاداء مع الامام ان اللاحق يصلي اداء وفرقا بين
هذا وبين متيمم يجد الما في خلال الصلاة بان التيمم ينتقض هناك بصفة الاستناد الى ابتدا وجود الحدث عند اصابة الما لانه يصير
محدثا بالحدث السابق اذ الاصابة ليست بحدث وفيما نحن فيه لم ينتقض التيمم عند اصابة الما بصفة الاستناد بل باصابة الحدث
الطاري على التيمم ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضا فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر وفي بعض النسخ صلى الظهر اربعا قيل هو
تاكيد وقطع لارادة الجمعة بالظهر مجازا لكونها خلفه [illegible] لانها اي الجمعة تفوت الى خلف وهي الظهر جعل الظهر خلفا عن الجمعة وان كان
فرض الظهر هو الوقت عند ابي حنيفة وابي يوسف والجمعة خلف عنه قيل اشاره الى ان قول محمد هو المختار وقيل لانه مقصود بصورة الخلف
لان الجمعة اذا فاتت تصلي الظهر [illegible] بخلاف العيد يعني بخلاف صلاة العيد فانه يتيمم لها اذا خاف الفوت لانها لا الى خلف حيث لا تقضي
[illegible] وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضا يعني لا يتيمم لساير الصلوات المكتوبة اذا خاف فوت الوقت لانها تقضي لا يقال لا هذا قد وقع
مكررا لان هذا الحكم وضح في اول الباب من قوله والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان ذلك كان قول صاحب البداية وهذا قول القدوري
وقيل لانه علل بتعليل غير التعليل السابق وفيه نظر قال والمسافر اذا نسي الما في رحله اذا حمل المسافر بالتيمم والما في رحله فاما ان
علما بان وضعه بنفسه او غيره بامره او لم يكن بان وضعه غيره بغير امره فان كان الثاني فلا اعادة عليه بالاتفاق لان المرء لا يخاطب بفعل
غيره وان كان الاول وصلى بالتيمم ظنا منه ان الما قد نفد فعليه الاعادة بالاتفاق لان التفريط جاء من قبله وان كان ناسيا له ثم تذكر فلا اعادة
عليه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليه الاعادة سوا تذكر في الوقت او بعده وهو قول الشافعي رحمه الله لان التيمم لعدم الما وهذا ليس
بعادم له بل هو واجد له عادة لان الما في رحله ورحله في يده والنسيان لا يضاد الوجود بل يضاد الذكر فلا ينتفي به الوجدان فصار كما
اذا كان في رحله ثوب فنسيه وصلى عاريا ولان رحل المسافر معدن الما عادة وهذا لان ما هو معدن الما عادة يفترض على المتيمم طلب
الما فيه لمن كان في العمران فانه يفترض عليه طلب الما لكونه في معدنه حتى اذا طلبها ولم يجد عندهم ما فتيمم قبل طلبه منهم وصلى ثم علم انه
كان عندهم فانه لم يجز صلاته ولهما انه لا قدرة الا بالعلم لان المراد بالوجود القدرة كما تقدم ولا قدرة الا بالعلم [illegible] وما الرحل جواب
عن النكتة الثانية وتقريره ان رحل الما في معدن الما عادة معد للشرب او الاستعمال والاول مسلم غير مفيد والثاني ممنوع قوله
ومسالة الثوب على الاختلاف جواب عن المقيس عليه وتقريره ان الحكم فيه عندنا كما فلا ينتقض حجة ولئن سلمنا انه على الاتفاق ففرض
الستر يفوت لا الى خلف بخلاف صورة النزاع وهذا طريق المفارقة يعني ان الفرق بينهما موجود فلم لا يجوز ان يكون الحكم مضافا الى الفارق
دون المشترك فلا يصح القياس والاول الى الحال مما نعه اي شرط القياس المساواة بين المقيس والمقيس عليه ولا تم وجوده في صورة النزاع
لان فرض الستر يفوت لا الى خلف الى اخر وليس على المتيمم طلب الما اذا لم يغلب على الظن ان بقربه ما وقال الشافعي رحمه الله الطلب شرط فيه
وليس لقوله تعالى فلم تجدوا ما فتيمموا وعدم الوجد ان لا يتحقق الا بعد الطلب ولنا ان قوله تعالى فلم تجدوا يقتضي عدم الوجدان
مطلقا عن قيد الطلب فيعمل باطلاقه وهذا لان الغالب عدم الما في الفلوات ولا دليل على الوجود فيجعل واجدا حكما فان الغرض انه
ليس ذلك في غالب ظنه حتى لو غلب على ظنه ان بقربه ما لم يجز له التيمم حتى يطلبه لانه واجد نظرا الى الدليل وهو غلبة الظن لانها قايمة
مقام العلم في العبادات ولو علم ان قربه ما لم يجز له التيمم فكذا اذا غلب على ظنه والفلوة غلبة ظنه مقدار رمية سهم وقيل ثلثماية ذراع
الى اربعماية ذراع [illegible] وان كان مع رفيقه ما طلبه [illegible] ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة ذكر الاختلاف في الايضاح
والتقريب وشرح الاقطع عند ابي حنيفة وصاحبيه كما ذكر في الكتاب وقال في المبسوط وان كان مع رفيقه ما فعليه ان يسال الا على
قول الحسن بن زياد فانه كان يقول السوال ذل وفيه بعض الحرج وما شرع التيمم الا لدفع الحرج [illegible] ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل
فهذه على ثلاثة اوجه اما ان اعطاه بمثل قيمته في اقرب موضع من المواضع الذي يعد فيه الما او بالغبن اليسير او بالغبن الفاحش ففي الوجه
الاول والثاني لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة فان القدرة على البدل قدرة على الما فيمنع جواز التيمم كما ان القدرة على ثمن الرقبة تمنع
التكفير بالصوم وفي الوجه الثالث جاز له التيمم لوجود الضرر فان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه والضرر في النفس مسقط فكذا في المال واختلف
في تفسير الغبن الفاحش ففي النوادر جعله في تضعيف الثمن وقال بعضهم هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقول الحسن البصري رحمه الله
يلزمه الشرا بجميع ماله افراط كما ان قول الشافعي رحمه الله ان الزيادة على ثمن المثل عذر في ترك الشرا قليلة كانت او كثيرة تفريط ان نظر الى اعتبار حرمة
التلف في النفس والفضل بين الغبن الكثير والفاحش متقرر في الشرع فالمصير اليه اولى والله اعلم بالصواب [illegible]
انما عقب المسح على الخفين بالتيمم لان كل واحد منهما طهارة مسح اولانهما بدلان عن الغسل او من حيث انهما رخصة موقتة الى غاية وكان التيمم بدل الكل
والمسح على الخفين بدل البعض فقدمه المسح على الخفين جايز بالسنة اي بقول النبي وفعله صلى الله عليه وسلم والاخبار فيه مستفيضة اي كثيرة
شايعة فعلا وقولا اما الفعل فقد رواه ابو بكر وعمر والعبادلة وجماعة كثيرة من الصحابة رضي الله عنهم انه صلى الله عليه وسلم مسح على خفيه واما
القول فقد روى [illegible] علي وجماعة من الصحابة انه صلى الله عليه وسلم قال يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليهن وقال المغيرة بن
شعبة رضي الله عنه توضا رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر وكنت اصب الما عليه وعليه جبة شامية ضيقة الكمين فاخرج يديه من
تحت ذيله ومسح على خفيه فقلت نسيت غسل القدمين فقال بهذا امرني ربي وعن صفوان بن عسال رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يامرنا اذا كنا سفرا او مسافرين ان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام ولياليهن الا عن جنابة ولكن من بول او غايط او نوم وقال الحسن البصري
رحمه

رحمه الله ادركت سبعين نفرا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه كلهم يرون المسح على الخفين ولكثرة الاخبار فيه قال ابو حنيفة رحمه الله ما قلت
بالمسح حتى جاني مثل ضوء النهار وقال ابو يوسف رحمه الله خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته وعن هذا قيل من لم ير المسح على الخفين اي
لم يعتقد جوازه كان مبتدعا وقال الكرخي اخاف عليه الكفر لان الاثار فيه جاءت في حيز التواتر ومما يدل على انه مبتدع ما روي عن ابي
حنيفة انه سيل عن مذهب اهل السنة والجماعة فقال هو ان تفضل الشيخين يعني ابا بكر وعمر على ساير الصحابة وان تحب الختنين
يعني عثمان وعليا رضي الله عنهم وان ترى المسح على الخفين فان قلت فما الجواب عما نقل عن بعض الصحابة رضي الله عنهم انهم انكروا المسح
على الخفين قال ابن عباس رضي الله عنهما لان امسح على ظهر عير في الفلاة احب الي من ان امسح على الخفين وقالت عايشة رضي الله عنها
لان اقطع قدماي احب الي من ان امسح على الخفين قلت قد صح من رجوعهم الى جوازه اما ابن عباس فقد روى تلميذه عطاء بن
ابي رباح انه رجع الى قول العامة واما عايشة رضي الله عنها فقد صح انها قالت ما زال يمسح رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخفين بعد
نزول المايدة وروي رجوعها ايضا شريح بن هاني قولها لكن من راه مستدركا من قوله ان من لم يره كان مبتدعا [illegible] كان
ماجورا قيل هذه رواية خالفت اصول الفقه فان فيها ان المسح على الخفين رخصة اسقاط كالصلاة في السفر والعزيمة لم يبق مشروعة
فيها فكيف يوجر على غير المشروع واجيب بانه انما كان يكون كذلك ما دام المكلف به متخففا اما اذا نزع خفيه او احدهما ولذلك لا محاله
تحققه فلا يجوز المسح فلم يكن من ذلك النوع وصار ذلك كمن ابطل سفره فانه سقط عنه سبب رخصة سقوط شطر الصلاة وهذا
اللفظ اعني قوله كان ماجورا الذي به شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه فتابعه المصنف ونعم المتبوع فان قلت ذكر في الذخيرة
ان ابا الحسن الرستغفني سيل عن الرجل يرى المسح على الخفين الا انه يحتاط وينزع خفيه عند الوضوء ولا يمسح عليهما فقال احب الي
ان يمسح على خفيه اما لنفي التهمة عن نفسه ان يكون من الروافض واما لان قوله وارجلكم قرى بالخفض والنصب فينبغي ان يغسل حال عدم
اللبس ويمسح على الخفين حال اللبس ليصير عاملا بالقراتين فمن المحق منهما قلت انا حملنا قول ابي الحسن على ان يمسح احيانا لا يتركه بكليه
توافقا فانه ليس في كلام المصنف ما يدل على ان المراد ان لا يمسح اخذا بالعزيمة على الدوام ونفي التهمة يحصل بالمسح احيانا فيحمل على ذلك
دفعا للتدافع قال ويجوز من كل حدث موجب للوضوء خص القدوري المسح بحدث موجب للوضوء احترازا عن الجنابة على ما
سيجي وجعل الحدث موجبا مجازا فانه ناقض للوضوء فلا يكون موجبا لكنه شرط الوجوب فجاز ان يضاف الايجاب اليه كما في صدقة الفطر
قوله ويحدث متاخرا اي وخصه بحدث متاخر عن الوضوء لان الخف عهد مانعا لسراية الحدث الى القدم لا رافعا للحدث لان الرافع
هو المطهر والخف ليس كذلك ولو جوزنا بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست والدم سايل ثم خرج الوقت وتوضات فانها لا تمسح لان
بخروج الوقت ظهر الحدث السابق وكذلك المتيمم اذا لبس ثم راى الما وتوضا لا يمسح لانه برويته الما ظهر الحدث السابق فلو جاز المسح
كان الخف رافعا وليس كذلك [illegible] ثم خرج الوقت اشاره الى انها تمسح ما دام الوقت باقيا وليس هذا الحكم منحصرا فيما ذكر وهو
اللبس على السيلان بل لو كان الدم سايلا عند الوضوء دون اللبس او عندهما جميعا فالحكم كذلك واما اذا كان منقطعا وقت الوضوء
واللبس جميعا فانها كالصحيحة سوا وقول القدوري اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط كمالها وقت اللبس لان الثابت من
المذهب عندنا خلاف ذلك وهو اشتراط الطهارة الكاملة وقت الحدث واعلم ان مراد المصنف من قوله لا يفيد اشتراط الكمال ان
كان هذا التقدير في كلام القدوري تسامح وان كان غير ذلك فيحتاج الى بيان لان ظاهر كلام القدوري يفيد ذلك فتامل وقوله حتى
لو غسل رجليه قيل لا تصلح ان يكون نتيجة ما ذكر من اشتراط اللبس على طهارة كاملة فان عدم جواز المسح هنا باعتبار ترك الترتيب
في الوضوء الا باعتبار اشتراط الطهارة الكاملة وقت اللبس وانما يظهر ثمرة الاختلاف فيما ذكره في المبسوط وهو ما قال ولو توضا وغسل
احدى رجليه ولبس الخف ثم غسل الرجل الاخرى ولبس الخف ثم احدث جاز له المسح عندنا وقال الشافعي لم ينزع الخف الاول لا يجوز
له المسح فان نزعه ثم لبسه جاز له المسح لان الشرط ان يكون لبسه بعد اكمال الطهارة ويجوز ان يقال لما اثبت المصنف بالدليل فيما تقدم ان
الترتيب في الوضوء ليس بشرط صح ان يبني هذا الفرع على هذا الاختلاف واستدل على ما هو المذهب بقوله لان الخف مانع حلول الحدث
بالقدم وهو ظاهر كما مر وكل ما هو مانع حلول الحدث بالقدم يراعى كمال الطهارة فيه وقت المنع عن حلول الحدث لانها لو كانت ناقصة
عند ذلك كان الخف رافعا حدثا كان بالرجلين من حيث الحكم وهو شرع مانعا لا رافعا ولقايل ان يقول لا نم انه يكون رافعا بل يكون
مانعا حلول الحدث بالقدمين الطاهرتين بالغسل فاذا انضم اليه غسل بقية الاعضا ارتفع الحدث بمجموع الغسلين الاول والثاني
عن اعضا الوضوء فكان مانعا لا رافعا والجواب انا قد اتفقنا ان المسح لا يجوز الا بعد طهارة كاملة وان اختلفنا في وقتها فلو كانت
الطهارة ناقصة عند حلول الحدث لزم ان يكون الخف رافعا للحدث الحكمي الحال بالقدم وان زال بالما حقيقة لكنه باق حكما لعدم التجزي
وعن بقية الاعضا ايضا لورود المسح على طهارة كاملة فكان رافعا لا مانعا ولزم الخلف فان قلت هذا يقتضي وجود الطهارة الكاملة وقت
الحدث ونحن لا نمنع ذلك وانما نقول انه لا تكفي بل يحتاج الى وجودها وقت اللبس ايضا وما ذكرتم لا يمنع ذلك قلت هذا اما قيض والدافع له
في كلام المصنف ودافعها ان وجودها يحتاج اليه عند طريان ما يزيلها وهو الحدث تحقيقا للازاله واما قبل ذلك فهي مستغني عنها فلا فايدة
في اشتراطها قال ويجوز للمقيم يوما وليلة يجوز المسح للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلاثة ايام ولياليها وقال مالك رحمه الله في رواية عنه المقيم
لا يمسح اصلا والمسافر مسحه موبد وفي رواية عنه ان المقيم كالمسافر واحتج للاولى في المقيم بان المسح للضرورة ولا ضرورة للمقيم وفي المسافر
بحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله امسح على الخفين يوما قال نعم فقلت يومين قال نعم حتى انتهيت الى سبعة ايام فقال

ظاهر هذا الكلام يدل على ان المراد به قراءة الجر على حال لبس الخفين [illegible] للجعبري على ان فيه ونفي وليس كذلك ... الا لان المسح الى الكعبين ولم يقل به احد منهم

وهم ادرجه بما جمعا سنده الا [illegible] ان الحكم فيه علمه من الاولين بطريق الاولى [illegible]

ان و

الظهر ام

عرفه

وفيه ما اذا ادرك التشهد صلاة الجمعة [illegible] الاتمام فلما ترك [illegible] ادرك للجمعة اي الجمعة الى مع الامام لا يمكنه ان يصلي الجمعة [illegible] الامام [illegible] لا ادراك الجمعة [illegible] ولكن [illegible] الظهر عند الجمعة بالما [illegible] الانفراد [illegible]

اذا كنت في سفر فامسح ما بدا لك والثانية ما روي سعد بن ابي وقاص وجرير بن عبد الله وحذيفة بن اليمان في جماعة من الصحابة رضي الله
عنهم فانهم رووا المسح على الخفين غير موقت ذكره ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي ولنا الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم
يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها رواه عمر وعلي وجابر وخزيمة وصفوان وعوف بن مالك وابو بكرة وغيرهم من الصحابة
رضي الله عنهم والمشهور لا يترك بالشاذ قال احمد بن حنبل رجاله لا يعرفون وقال ابو داود قد اختلف في اسناده وليس بالقوي
وقال الدارقطني اسناده لا يثبت وقال يحيى بن معين اسناده مضطرب وقال البخاري حديث مجهول على انا نأوله ان مراده صلى
الله عليه وسلم ان المسح غير موقت بمدة غير ممنوع الا بنزع خفيه في هذه المدة وعدم الضرورة في المقيم ممنوع فانه يلبس الخف حين يصبح
ويخرج لحوائجه ويشق عليه النزع قبل ان يعود الى بيته ليلا وابتداؤها اي ابتداء مدة المسح عقيب الحدث لا من وقت اللبس كما
ذهب اليه الحسن البصري مستدلا بان جوازه بسببه فيعتبر من وقته ولا من حين المسح كما ذهب اليه الاوزاعي وابو ثور واحمد في رواية
محتجين بان التقدير لاجله فيعتبر من وقته وبيان ذلك فيمن توضأ عند طلوع الفجر ولبس الخف ثم احدث بعد طلوع
الشمس ثم توضأ ومسح بعد الزوال فعلى قولنا مدة المسح للمقيم الى وقت الحدث من اليوم الثاني وهو ما بعد طلوع
الشمس من اليوم الثاني وعلى القول الثاني الى وقت طلوع الفجر من اليوم الثاني وهو وقت اللبس وعلى القول الثالث الى ما بعد
الزوال من اليوم الثاني وهو وقت المسح والصحيح قول العامة لان الخف مانع سراية الحدث اي وصوله الى الرجل والمانع عن
الشيء انما يكون مانعا حقيقة عند طريان الممنوع والحقيقة اولى بالاعتبار فيعتبر ابتداؤه من عنده والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع
وقال الشافعي رحمه الله وهو قول مالك السنة مسح الخف واسفله لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح اعلا الخف واسفله وقوله
خطوطا بالاصابع وهو منصوب على الحال يعني مخططا احترازا عن قول عطاء فانه يقول بتثليث المسح اعتبارا بالغسل وذلك
لان الخطوط انما يبقى اذا مسح مرة واحدة وكيفيته ذلك ان يبدأ فيضع اصابع يده اليمنى على مقدم خفه الايمن واصابع يده اليسرى
على مقدم خفه الايسر ويمدهما الى الساق فوق الكعبين ويفرج بين اصابعه ولو وضع الكف مع الاصابع قيل كان احسن لان الدليل الدال
على المسح على ظاهرهما وهو حديث المغيرة ان النبي صلى الله عليه وسلم وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما الحديث يشير
الى ذلك حيث قال وضع يديه ولم يقل اصابعه وما رواه من انه عليه السلام مسح على اعلا الخف واسفله فقد طعن فيه ائمة الحديث
مثل ابي داود والترمذي وغيرهما وان صح فمعناه ما يلي الساق وما يلي الاصابع توفيقا بين الادلة ثم المسح على الظاهر حتم اي
واجب حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه خلافا للشافعي رحمه الله في قول لانه معدول به عن القياس اذ القياس ان لا يقوم
المسح الذي لا يزيل النجاسة مقام الغسل الذي يزيلها كما اشار اليه علي رضي الله عنه بقوله لو كان الدين بالرأي لكان باطن الخف
اولى بالمسح من ظاهره ولكني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر الخفين دون باطنهما وانما كان الرأي ذلك لان الخف
يلاقي الارض فعليها من طين وتراب وقذر باطنه لا ظاهره واذا كان معدولا به عن القياس يراعى ما ورد به الشرع والبداءة من الاصابع
استحباب حتى لو بدأ من الساق جاز ايضا ووجه الاستحباب الاعتبار بالغسل لان الله تعالى جعل الكعب غاية ولقائل ان يقول الشرع
ورد بمد اليدين من الاصابع الى اعلاهما فكان الواجب ان يكون البداءة بالاصابع حتما لا استحبابا كالمسح على ظاهرهما فالاعتبار بالاصل
ترك لما ورد به الشرع وكذلك التقدير بثلاث اصابع على ما نذكره ترك له فانه عليه السلام مد من الاصابع الى الساق والجواب ما روي
انه عليه السلام مسح على خفيه من غير ذكر مد الى الساق فجعل المفروض اصل المسح مقدار ثلاث اصابع والبداية سنة جمعا بين الادلة
واما التقدير بثلاث اصابع فبالاشارة قوله صلى الله عليه وسلم خطوطا بالاصابع فان اقل الجمع ثلاثة واختلف في الاصابع فذهب جماعة
من العلماء الى انها اصابع اليد وقال الكرخي اصابع الرجل لان المسح يقع عليه وهو اكثر المسح فيقوم مقام الكل كما في الخرق والاول اصح
اعتبارا لالة المسح فان المسح فعل يضاف الى الفاعل لا الى المحل فيعتبر الالة كما في الرأس وذكر ابن رستم عن محمد انه لو وضع ثلاث اصابع
وضعا اجزاه قال القدوري هذا يدل على ان اصابع اليد وعلى هذا قال في التحفة وان كان المسح طولا او عرضا لان قوله لو وضع ثلاث
اصابع وضعا لا يعد شيء من الطول والعرض والله اعلم قال ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يرى كثير بالثاء المنقوطة من فوق
وكبير بالباء المنقوطة من تحت والاول يقابله القليل والثاني يقابله الصغير وان كان اقل من ذلك جاز اعلم ان في هذه المسألة
اربعة اقوال الاول شمول المنع في القليل والكثير وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله والثاني شمول الجواز وهو مذهب سفيان الثوري
وقد روي عن مالك رحمه الله والثالث الفصل بين القليل والكثير وهو قول علمائنا وهو استحسان والرابع القول بغسل ما ظهر من القدم
ومسح ما لم يظهر وهو قول الاوزاعي وجه الاول القياس لان الكثير لما كان مانعا كان اليسير كذلك كالحدث ووجه الثاني ان الخف
يمنع سراية الحدث الى القدم ما دام ينطلق عليه اسم الخف جاز المسح عليه ووجه قولنا وهو الاستحسان ان الخفاف لا تخلو عن الخرق القليل
عادة فان الخف وان كان جديدا فالة [illegible] والاشافي تخرق منه ولهذا يدخله التراب فيلحقهم الحرج في النزع فجعل عفوا وتخلو عن
الكثير فلا حرج وما ذكره من اعتبار اصابع الرجل هو رواية الزيادات لان الخرق اذا كان مقدار ثلاثة اصابع منع قطع السفر فقطع
السفر انما يتحقق بالرجل فيعتبر اصابعها هو الصحيح احترازا عن شيئين عن رواية الحسن عن ابي حنيفة ان المعتبر ثلاثة اصابع من
اصابع اليد لانه آلة المسح وعما قال شمس الائمة الحلواني المعتبر في الخرق اكثر الاصابع ان كان الخرق عند اكبرها واصغرها ان كان عند
اصغرها لا دليل على المقدار والصغر ولا معتبر بدخول الانامل ظاهر ولم يذكر اذا كان بعيد قدر ثلاث انامل من اصابع

الرجل

الرجل

قال بعضهم منع المسح واليه اشار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم لا يمنع والشرط ان يبدو قدر ثلاث اصابع بكمالها واليه مال شمس الائمة
الحلواني وقال في النهاية وهو الاصح قوله ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد لانه يمنع قطع السفر به ولا
يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالاخرى فان قيل ينبغي ان يجمع في الخفين ايضا لان الرجلين صارا كعضو واحد
لدخولهما تحت خطاب واحد واجيب بانهما صارا كعضو واحد في حق حكم شرعي والخرق امر حسي فلا يكونان فيه كعضو واحد كما في قطع
المسافة ولهذا لو مد الماء من الاصابع الى العقب جاز ولم يظهر له حكم الاستعمال لانه عضو واحد ولو مد [illegible] من احدى الرجلين
الى الاخرى لم يجز والحاصل ان للرجلين شبها بعضو واحد من حيث دخولهما تحت خطاب واحد وبعضوين من حيث قطع المسافة
فعملنا بالشبهين وقلنا بعدم الجمع نظرا الى الشبه الثاني وبغسل ما فيه الخرق دون الاخر نظرا الى الشبه الاول لئلا يلزم الجمع بين الغسل
والمسح فيما هو كعضو واحد قوله بخلاف النجاسة يعني اذا كان في احد الخفين نجاسة قليلة وفي الاخرى كذلك يجمع بينهما
لما ذكر في الكتاب والانكشاف العورة نظير النجاسة في ان المانع انكشاف عين العورة وقد وجد كما ان المانع حمل النجاسة وقد وجد
ووجه الرابع واضح قوله ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل قيل صورته رجل توضأ ولبس الخف ثم اجنب ثم وجد ما يكفي للوضوء لا
يكفي للاغتسال فانه يتوضأ ويغسل الرجلين ولا يمسح ويتيمم للجنابة وقال شمس الائمة السرخسي الجنابة الزمته غسل جميع البدن
ومع الخف لا يتأتى ذلك بخلاف الحدث الاصغر فانه اوجب غسل اعضاء يمكن ان يجعل بينهم تجمع بينه وبين مسح الخف وغسله
بالعين المهملة يتابع الغسل والاستدلال به ظاهر لكن يقتضي التصوير فان السلب يقتضي تصور الايجاب وقال مولانا حميد
الدين انه موضع النفي فلا يحتاج الى التصوير قوله والحاق الجنابة يشير الى ان شرعية المسح لدفع الحرج والحرج فيما يتكرر وهو الحدث
دون الجنابة قال وينقض المسح كل ما ينقض الوضوء ينقض المسح لانه بعض الوضوء فلو لم ينتقض به لكان ما فرضناه ناقضا
للوضوء لم يكن ناقضا بل ناقضا لبعضه هذا خلف باطل وكذا ينقضه نزع الخف لان الحدث السابق بخروج النجاسة من بدنه
الا انه كان ممتنع العمل لوجود المانع وهو الخف فاذا زال المانع سرى الحدث الى القدم وعمل عمله وهذا الكلام جار على طريقة تخصيص
العلل والتخلص معلوم وكذا نزع احدهما ينقض المسح ويوجب غسل الرجلين لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة
وهي غسل الرجلين وقيد بالواحدة لانه يجوز في غيرها مجتمعا كغسل الوجه واليدين ومسح الرأس والرجلين وكذا مضي المدة لما روينا من
رواية صفوان ان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام وقال ابن ابي ليلى المسح على الخفين قائم مقام غسل القدمين ولو غسل قدميه ولبس خفيه
ثم نزعهما لم يجب عليه غسل الرجلين فكذا هذا والجواب انه قائم مقام الغسل شرعا في وقت مقدر فاذا مضى لا يقوم مقامه كطهارة التيمم
قوله واذا مضت المدة قيل هو تكرار لانه علم حكمه من قوله وكذا مضي المدة واجيب بانه ذكره تمهيدا لما رتب عليه من قوله نزع خفيه
وغسل رجليه الى اخره قوله وليس عليه اعادة بقية الوضوء احترازا عن قول الشافعي رحمه الله فانه يقول عليه ان يعيد الوضوء لان طهارة
الرجلين قد انتقضت بمدة المسح وانتقاض الطهارة مما لا يتجزى فصار كما لو انتقض بالحدث والجواب ان الحدث اسم لخارج نجس وانقضاء المدة
ليس كذلك وانما سرى حدث كان قبل المضي الى الرجلين خاصة لان غسل سائر الاعضاء قد وجد عن ذلك سواهما فلا يجب غسلها ثانيا
ما لم يوجد الحدث فيها فكان هذا كمن توضأ ولم يغسل رجليه يجب غسلهما وقد روي عن ابن عمر انه كان في غزوة فنزع خفيه
وغسل قدميه ولم يعد الوضوء وهكذا روي عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم وقوله وكذا اذا نزع قبل المدة
معناه ليس عليه اعادة بقية الوضوء لان عند النزع دليل مضي المدة والنزع قبل المدة وقد قررناه انفا في نزع الخف وجواب
الشافعي رحمه الله وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا مسح الرأس ثم حلق الشعر حيث لا يلزمه اعادة المسح واجيب بان الشعر من الرأس
خلقة فمسحه مسح الرأس بخلاف الخف فانه مانع سراية الحدث الى ما تحته شرعا فاذا زال سرى الحدث اليه وحكم النزع وهو النقض
يثبت بخروج القدم الى الساق لانه اي الساق او الساق على التأويل المذكور لا معتبر به في حق المسح لانها ليست بمحل له ولا معتبر به في
حقه فخروجه اليه ناقض كخروجها من الخف وقوله وكذا باكثر القدم اي يثبت حكم النزع بخروج اكثر القدم الى ساق الخف هو
الصحيح هذا هو المروي عن ابي يوسف وهو قول الحسن بن زياد رحمهما الله ووجهه ان الاحتراز عن خروج القليل متعذر لانه ربما
يحصل بدون القصد كما اذا كان الخف واسعا اذا رفع القدم يخرج العقب واذا وضعها عادت العقب الى مكانها فلو قلنا
ينتقض المسح في مثله وقع الناس في الحرج بخلاف الكثير فان الاحتراز عنه ليس بمتعذر وروي عن ابي حنيفة رحمه الله اذا خرج اكثر العقب
من موضعه الى الساق بطل مسحه يعني اذا اراد نزع الخف فحركه للنزع حتى زال العقب واما اذا زال باعتبار سعة الخف فلم يبطل
الا عادة دفعا للحرج كما ذكرنا ووجه قوله ان المسح انما يبقى ببقاء محل الغسل في الخف ولم يبق بزوال العقب او اكثرها الى الساق فلا
يبقى المسح وعن محمد ان بقي في الخف من القدم قدر ما يجوز عليه المسح جاز والا فلا يعني اذا قصد النزع كما ذكرنا اعتبر في ذلك بقاء مقدار
محل ما يكفي للمسح لان خروج ما سواه كلا خروج قال ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر هذه على اوجه ثلاثة في وجه يتحول مدته الى مدة
السفر بالاتفاق وهو ما اذا سافر قبل ان ينتقض الطهارة التي لبس عليها الخفين وانتقضت الطهارة وهو مسافر فانه يتحول مدته الى
مدة السفر بالاتفاق وفي وجه لا يتحول بالاتفاق وهو ما اذا سافر بعد ما احدث وبعد ما استكمل مدة المقيم وفي وجه وهو ما اذا
سافر بعد ما احدث قبل استكمال مدة المقيم يتحول عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال لان المسح شرع عبادة فيها على حكم الاقامة وكل ما شرع
فيها على حكم الاقامة لا يتغير بالسفر كما اذا شرع في الصوم وهو مقيم ثم سافر وكما اذا شرع في الصلاة في سفينة في المصر فصار مسافرا

في صلاته فانها لا تتغير لان حالة الاقامة حالة العزيمة وحال السفر حال رخصة فاذا اجتمعا في عبادة غلبت العزيمة على الرخصة ولنا
اطلاق الحديث فانه لم يفصل بين مسافر ومسافر فيمسح كسائر المسافرين ولانه حكم متعلق بالوقت وكل ما هو كذلك تعتبر فيه اخر الوقت
كالحائض اذا طهرت فيه تجب عليها الصلاة والطاهرة اذا حاضت فيه سقطت عنها والمسافر اذا اقام في اخر الوقت يتم والمقيم اذا
سافر فيه قصر وليس كالصوم والصلاة لانهما لا يتجزيان فاعتبار الاقامة في اول الصوم لا يبيح الفطر واعتبار السفر في اخره يبيح فترجح
الاخر كالحرمة وكذلك في الصلاة يترجح جانب الاقامة للاحتياط واما الوقت فمما يتجزى فلم يجتمع الاقامة والسفر في وقت واحد
فكان الاعتبار بالموجود وهو السفر ... بخلاف ما اذا استكمل الى اخره طاهرا ... ومن لبس الجرموق يعني قبل ان يحدث مسح عليه
والجرموق ما يلبس فوق الخف وساقه اقصر من الخف وقال الشافعي رحمه الله لا يمسح عليه لان الخف بدل الرجل والبدل لا يكون له بدل لا نعني
بالراي فان الشرع ورد بالمسح على الخفين بدلا عن الرجلين لا غير فتجويز المسح على الجرموق اقامة بدل عنه بالراي وهو لا يجوز ولنا ما روي
عن عمر رضي الله عنه قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين وقال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد
عن ابراهيم انه كان يمسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا اما الاستعمال فانه يدوم مع الخف مشيا وقياما وقعودا
وارتفاعا وانخفاضا واما الغرض فانه وقاية للخف كما ان الخف وقاية للرجل فصار كخف ذي طاقين قيل لو كان كذلك ما وجب المسح على
الخفين عند نزع الجرموقين كما لو مسح على خف ذي طاقين ثم نزع احد طاقيه او كان الخف مشعرا فمسح عليه ثم حلق الشعر انه لا يجب اعادة
المسح واجيب بان الجرموق ليس تبعا من حيث الاصل الا ترى انه لو لبسه منفردا جاز المسح عليه بالاجماع وتبع من حيث الاستعمال
والغرض كما ذكرنا فاذا لبسه على الخف صار تابعا وكان المسح عليه كالمسح على الخف واذا زال بالنزع زالت التبعية وحل الحدث
ما تحته فيجب اعادة المسح واما طاقا الخف فلشدة اتصال احدهما بالاخر كانا كالشعر مع البشرة وقد تقدم انه اذا مسح على الراس ثم
حلقه لا يجب عليه الاعادة ... هو بدل عن الرجل لا عن الخف جواب عن قول الخصم البدل لا يكون له بدل وتقديره انا لا نسلم انه
بدل من الخف وانما هو بدل عن الرجل كالخف لان الخف لم ينعقد فيه حكم بعد قيل لو كان كذلك لوجب غسل الرجلين عند نزعهما كما في نزع
الخفين وليس كذلك وكان بدل الخف ولزم بدل البدل واجيب بانه بدل الرجل ما لم يحل الحدث بالخف فاذا نزع زالت البدلية عنه وحل
الحدث بالخف وكان الخف بدلا عن الرجل اذ ذاك ولزمه المسح عليه ... ولو كان الجرموق من كرباس ... قال ولا يجوز المسح على الجوربين
عند ابي حنيفة رحمه الله المسح على الجوربين على ثلاثة اوجه في وجه يجوز بالاتفاق وهو ما اذا كانا ثخينين منعلين وفي وجه لا يجوز عند ابي حنيفة
رحمه الله خلافا لصاحبيه وهو ان يكونا ثخينين غير منعلين يقال جورب منعل ومنعل اذا وضع على اسفله جلدة كالنعل للقدم والمجلد هو
الذي وضع الجلد اعلاه واسفله ... لا يشفان تاكيد للثخانة من شف الثوب اذا رق حتى رايت ما وراءه من باب ضرب لهما حديث ابي موسى
الاشعري ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجوربين ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا بحيث يتمسك على الساق من غير الربط فاشبه
الخف فيلحق به ولابي حنيفة ان الالحاق انما يصح اذا كان في معناه من كل وجه وليس كذلك لان الخف يمكن مواظبة المشي عليه دون الجورب
الا اذا كان منعلا وهو محمل حديث ابي موسى رضي الله عنه الا ان ابا داود طعن فيه وقال ليس بالمتصل ولا بالقوي وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه مسح على جوربيه في مرضه ثم قال لعواده فعلت ما كنت امنع الناس عنه فاستدلوا به على رجوعه الى قولهما قال
المصنف وعليه الفتوى قوله ولا يجوز المسح على العمامة الى اخره فيه نفي قول من يجوز المسح على العمامة كالاوزاعي واحمد بن حنبل واهل الظاهر
قالوا صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على عمامته وخفيه ولنا ان المسح على الخف ثبت رخصة لدفع الحرج ولا حرج في نزع هذه الاشياء
والتمسك بالحديث ضعيف لان قوله تعالى وامسحوا برؤوسكم يقتضي عدم جواز غير الراس فالعمل بالحديث يكون زيادة عليه بخبر الواحد وهو
منسوخ قال محمد رحمه الله اخبرنا مالك قال حدثنا نافع قال رايت صفية ابنة ابي عبيد توضات ونزعت خمارها ثم مسحت براسها قال نافع وانا يومئذ صغير قال
محمد بهذا ناخذ لا يمسح على خمار ولا على عمامة بلغنا ان المسح كان فترك والقفازين بالضم والتشديد شيء يعمل لليدين يحشى بالقطن ويكون له ازرار
يزر على الساعدين من البرد تلبسه المراة في يديها كذا في الصحاح ... ويجوز المسح على الجبائر قال قاضيخان اذا كان يضره المسح على الجراحة لما
اذا لم يضره فلا فالمسح على الجبائر والجبائر جمع جبيرة وهي العيدان التي تجبر بها العظام وانما قال وان شدها على غير وضوء لانها انما تربط حالة
الضرورة واشتراط الطهارة في تلك الحال تفضي الى الحرج والاصل في ذلك ما قال في الكتاب ان النبي صلى الله عليه وسلم فعله وامر عليا به لما
حيث كسر زنده يوم احد وقيل يوم خيبر فانه كان حامل راية رسول الله صلى الله عليه وسلم فكسر زنده وسقط اللواء من يده فقال عليه السلام اجعلوها
في يساره فانه صاحب لوائي في الدنيا والاخرة فقال ما اصنع بالجبائر فقال عليه السلام امسح عليها من غير فصل بين الغاسل وغيره ...
ولان الحرج فيها ظاهر واراد في قوله ويجوز المسح اشارة الى ان مسح الجبائر ليس بفرض ولا واجب وذلك لان الروايات قد اختلفت فقال في
شرح الطحاوي وفي التجريد المسح على الجبائر ليس بفرض ولا واجب عند ابي حنيفة وان لم يضره فمستحب وفي المحيط انه واجب عنده وتجوز
الصلاة بدونه فلما كان ما امر عليا به والامر للوجوب وقال المسح يقوم مقام غسل ما تحتها وغسل ما تحتها لم يكن واجبا فكذا المسح وهذا يرشد
الى ان الامر للاستحباب ... ويكتفي بالمسح على اكثرها لم يذكر في ظاهر الرواية انه اذا مسح على بعض الجبائر دون بعض هل يجزيه ام لا وذكر في امالي
الحسن بن زياد انه اذا مسح على الاكثر اجزاه وان مسح على النصف لا يجزيه والفرق بينه وبين مسح الراس والمسح على الخفين حيث لا يشترط فيهما
الاكثر ومسح الراس شرع بالكتاب والباء دخلت المحل فاوجب تبعيضه والمسح على الخفين ان كان حكمه حكم المعطوف عليه وان كان بالسنة فهي
اوجبت مسح البعض واما المسح على الجبائر فانما ثبت بحديث علي رضي الله عنه وليس فيه ما ينبئ عن البعض الا ان القليل سقط اعتباره دفعا للحرج

واقيم الاكثر مقامه ... ولا يوقت بيان الفرق بين الخف والجبيرة وذلك بامور منها ما تقدم بقوله وان شدها على غير وضوء فان المسح على الخف
من غير طهارة لا يجوز كما تقدم ومنها انه لا يتوقت بوقت معلوم لعدم التوقيف بالتوقيت حيث لم يرد فيه اثر والاخبار والمقادير لا تعرف الا سماعا فيمسح
الى وقت البرء ومنها ان الجبيرة ان سقطت من غير برء لم يبطل المسح بخلاف الخف فانه اذا نزع بطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما
تحتها ما دام العذر باقيا حتى لو مسح على جبيرة احدى الرجلين لا يجوز المسح على خف الرجل الاخرى لئلا يكون جامعا بين الغسل حكما وبين المسح
وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان سقوطها في الصلاة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل
فصار كالمتيمم يجد الماء في خلال صلاته فانه يستقبل كذلك قيل يشكل على هذا ما اذا صلى ركعة او ركعتين بالتحري ثم تبين جهة الكعبة فانه
يبني ولا يستقبل مع ان جهة المتحري بدل عن جهة الكعبة واجيب بان ذلك بطريق النسخ كما قبله كما ان اهل قبا بطريق النسخ فيبقى في
حق المتحري كذلك والنسخ يظهر في حق القائم لا في حق الفائت فلذلك يبني ولا يستقبل ... اختلف الناس
في التعبير عن الحيض والنفاس بانهما من الاحداث او الانجاس فمنهم من ذهب الى الثاني ومنهم من ذهب الى الاول وهو الانسب لان
المصنف يقول بعد هذا باب الانجاس وتطهيرها ولما فرغ من الاحداث التي يكثر وقوعها ذكر ما هو اقل وقوعا منه ولقب الباب بالحيض
دون النفاس لكثرته او لكونه حالة معهودة في بنات ادم دون النفاس والحيض لغة هو الدم الخارج ومنه حاضت الارنب وعند الفقهاء
دم ينفضه رحم المراة السليمة عن الداء والصغر قوله السليمة عن الداء احتراز عن النفاس ... والصغر احتراز عما تراه الصغيرة وشرطه
تقدم نصاب الطهر حقيقة او حكما وفراغ الرحم عن الحبل واقل الحيض اي اقل مدته ثلاثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة عندنا
وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله يومان والاكثر من اليوم الثالث وقال مالك رحمه الله ما وجد ولو ساعة وقال الشافعي رحمه الله يوم
وليلة لنا ما روى ابو امامة الباهلي وعائشة وواثلة وابن انس وعمر رضي الله عنهم انه صلى الله عليه وسلم قال اقل الحيض للجارية البكر والثيب
ثلاثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وعثمان بن ابي العاص وانس بن مالك رضي الله عنهم
والمروي عنهم كالمروي عن النبي عليه السلام لان المقادير لا تعرف قياسا ولابي يوسف ان الدم لا يسيل على الدوام بل يسيل تارة وينقطع اخرى
فيقام الاكثر من اليوم الثالث وهو سبع وستون ساعة على ما ذكره في النوادر مقام الكمال ولنا تمسك مالك ان هذا نوع حدث فلا يتقدر
اقله بشيء كسائر الاحداث وللشافعي ان السيلان لما استوعب جميع الساعات عرفنا ان الدم من الرحم فلا حاجة الى الاستظهار بشيء اخر
والجواب انه نقص عن تقدير الشرع وذلك انه لا يجوز واكثره عشرة ايام والزائد استحاضة وقال الشافعي رحمه الله خمسة عشر يوما وهو قول ابي
حنيفة الاول لقوله صلى الله عليه وسلم في نقصان دين المراة تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي والمراد به زمان الحيض والشطر هو النصف
ولنا ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم واكثره عشرة ايام لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره وليس المراد بالشطر حقيقته لان في عمرها زمان
الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شيء من ذلك فعرفنا ان المراد ما يقارب الشطر حيضا فاذا قدرنا بالعشرة بهذه الاثار كان
مقاربا لهذا الشطر وحصل التوفيق ومن المتاخرين من التزم ان المراد بالشطر حقيقته وقال هو حاصل فيما قلنا فان المراة اذا بلغت خمس عشرة
سنة ثم حاضت من كل شهر عشرة ايام ثم ماتت بعد ستين سنة كانت تاركة للصلاة شطر عمرها قوله وما تراه المراة بيان الوانه وهي ستة
السواد والحمرة والصفرة والكدرة والخضرة والتربية ولم يذكر السواد لانه لا اشكال في كونه حيضا لقوله صلى الله عليه وسلم دم الحيض
اسود عبيط محتدم اي طري شديد الحمرة الى السواد واما الحمرة فهي اللون الاصلي للدم الا انه عند غلبة السواد يضرب الى السواد وعند غلبة
الصفراء يرق فيضرب الى الصفرة ويتبين ذلك لمن افتصد فالصفرة ايضا من الوان الدم اذا رق وقيل كصفرة القز واما الكدرة فلونها كلون الماء
الكدر وهي حيض في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ترى البياض خالصا سواء رات في اول ايامها او في اخرها وقال ابو يوسف رحمه الله لا تكون الكدرة
حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتاخر خروج الكدرة عن الصافي لان الكدرة من كل شيء يتبع صافيه فلو جعلناها حيضا ولم يتقدم عليها دم
كانت مقصودة لا تبعا ولهما ما روي ان عائشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا حدث مالك في موطاه عن علقمة بن علقمة
عن امه مولاة عائشة ام المؤمنين رضي الله عنها انها قالت كان النساء يبعثن الى عائشة رضي الله عنها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة
من دم الحيض يسالنها عن الصلاة فتقول لهن لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء والقصة بفتح القاف وتشديد الصاد شيء يخرج من اقبال ... عند
انقطاع الدم شبه الخيط الابيض وقيل هي الجص شبهت الرطوبة الصافية بعد الحيض بالجص يعني تخرج الخرقة التي تحتشي بها كالجص الابيض وقيل
ويعتبر اللون حين ترفع الخرقة وهي طرية لا بعد الجفاف لان اللون يتغير بالاسباب وهذا يعني ما فعلت عائشة رضي الله عنها لا يعرف الا سماعا فيحمل انها
سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم دم الحيض اسود عبيط يدل على ان هذه الاشياء ليست بحيض وهو اقوى
من فعل عائشة رضي الله عنها فلا يجوز تركه به اجيب بانه من باب تخصيص الشيء بالذكر ولا دلالة على نفي ما عداه ... وفم الرحم منكوس جواب
عن قول ابي يوسف لتاخر خروج الكدر عن الصافي وكانه قال بالموجب اي نعم هو كذلك اذا لم يكن المخرج من اسفل اما اذا كان كالجرة نقب اسفلها فان
الكدرة تخرج اولا واما الخضرة فقد انكر بعض مشايخنا وجودها مستبعدا كانها اكلت قصيلا وذكر ابو علي الدقاق رحمه الله ان الخضرة نوع من الكدرة قال
المصنف رحمه الله ان كانت المراة من ذوات الاقراء كانت حيضا ويحمل على فساد الغذاء كانها اكلت غذاء فاسدا افسد صورة دمها وان كانت كبيرة
اي ايسة وهي ان تكون في خمس وخمسين سنة على ما هو المختار وقيل في خمسين وقيل في سبعين لا يكون حيضا ويحمل على فساد المنبت فان الدم في الاصل
لا يكون اخضر ولم يذكر المصنف التربية وهي ما يكون لونه كلون التراب وهي نسبة الى التراب لانها نوع من الكدرة تبنى على الاختلاف المذكور وروي التربية
بوزن الترنجة والتربية بوزن التوعية وهي لون خفي يسير اقل من صفرة وكدرة وقيل هي من الرية لانها على لونها ولم يذكر الوان الحيض واختلفوا في ابتدائه

حكم ببلوغها اذا رات الدم فيها قال ابو نصر بن سلام بنت ست سنين اذا رات الدم وتمادي بها ثلاثة ايام وبعضهم قدره بسبع سنين ومحمد بن مقاتل
قدره بتسع سنين وابو علي الدقاق قدره بثنتي عشرة سنة واكثر المشايخ علي ما قاله ابن مقاتل قال والحيض يسقط عن الحائض الصلاة هذا بيان احكام الحيض
قال في النهاية وغيره انها اثنا عشر ثمانية منها يشترك فيها الحيض والنفاس واربعة تختص بالحيض دون النفاس فاما الثمانية فترك الصلاة لا الي قضا وترك الصوم
الي قضا وحرمة الدخول في المسجد وحرمة الطواف بالبيت وحرمة قراءة القران وحرمة مس المصحف بدون الغلاف وحرمة جماعها والثامن وجوب الغسل
عند انقطاع الحيض والنفاس واما الاربعة المخصوصة فانقضا العدة والاستبرا وحرمة الحكم ببلوغها والفصل بين طلاق السنة والبدعة
فالسبعة الاولي تتعلق ببروز الدم عندهما لمجاوزة موضع البكارة وعن محمد انها تتعلق بالاحساس بالبروز فلو توضات ووضعت الكرسف
ثم احست نزول الدم من الرحم الي الكرسف قبل غروب الشمس ثم رفعت الكرسف بعد غروبها فالصوم تام وعند محمد في غير ظاهر الرواية انها تقضيه
والثامن يتعلق بنصاب الحيض وتستند الي ابتدائه والاربعة الباقية تتعلق بانقضائه قوله يسقط عن مذهب القاضي ابي زيد علي
حقيقته لان عنده نفس الوجوب ثابت عليها كالصبي والمجنون لقيام الذمة الصالحة للايجاب لكن يسقط بالعذر واما علي قول غيره فيكون
يسقط مجاز اللمنع وانما قال يحرم عليها الصوم ولم يقل يسقط اشارة الي انه يقتضي قيل المبتداة اذا رات دما تركت الصلاة والصوم عند
اكثر مشايخ بخاري وعن ابي حنيفة رحمه الله حتي يستمر الدم ثلاثة ايام وتقضي الصيام ولا تقضي الصلاة لمقول عايشة رضي الله عنها
روي ان امراة سالتها قالت ما بال احدانا تقضي صيام ايام الحيض ولا تقضي الصلاة فان قيل وجوب القضا ينبني علي وجوب الادا
في الاحكام فكيف يخلف هذا الحكم هنا اجيب بان الاصل ذلك لكن هذا ثبت بالنص علي خلاف القياس قوله ولا نائل في قضا الصلوات حرجا
ظاهرا وعدم وجوب قضا الصلوات ليس يحتاج اليه دليل لانه علي الاصل وانما المحتاج الي ذلك قضا الصيام وقد انضاف الي النص عدم
اشتماله علي الحرج فوجب ولا تدخل المسجد وكذلك الجنب لما ذكر في السنن مسندا الي عايشة رضي الله عنها ان النبي صلي الله عليه وسلم قال وجهوا
هذه البيوت عن المسجد فاني لا احل المسجد لحايض ولا جنب وهو باطلاقه حجة علي الشافعي في اباحة الدخول علي وجه العبور والمرور فانه لم يفصل
بين الدخول للمرور وبينه للاقامة ولا تمسك له بقوله تعالي ولا جنبا الا عابري سبيل حتي تغتسلوا لان اهل التفسير قالوا لا تقربوا ... ولان
المراد بالصلاة حقيقتها ... الا عابري سبيل اي الا مسافرين والمسافر يسمي عابرا فيكون معناه والله اعلم الا مسافرين فانه يباح لهم الصلاة
قبل الاغتسال بالتيمم وصورة هذه المسلة قال في المبسوط مسافر مر بمسجد فيه عين ما وهو جنب ولا يجد غيره فانه يتيمم لدخول المسجد عندنا وقال
الشافعي رحمه الله جاز ان يدخل المسجد مجتازا ولا يطوف بالبيت لان الطواف في المسجد فيل فاذا كان الطواف في المسجد كان الحكم معلوما من قوله ولا يدخل
المسجد واجيب لان الطواف في المسجد بانه صرح بذلك لان الدخول قد يكون للطهارة ولو علل بقوله فتوهم جواز الطواف وليس كذلك حتي لو طافت
خارج المسجد لم يجز وجاز للطاهرة ولو علل بقوله لان الطواف بالبيت صلاة كان اشمل واندفع السوال ... ولا ياتيها زوجها اي لا يطاها طاهر
وليس للحايض والجنب والنفسا قراءة القران لقوله عليه السلام لا تقرا الحايض والجنب شيا من القران وهو حجة علي مالك رحمه الله فانه يجوز
للحايض لكونها معذورة محتاجة الي القراءة عاجزة عن تحصيل الطهارة بخلاف الجنب فانه قادر عليه بالغسل او التيمم وهو اي الحديث باطلاقه اي بعمومه
لان شيا نكرة في سياق النفي يتناول ما دون الاية فيمنع عن قراءته كالاية ويكون حجة علي الطحاوي في اباحة قراءة ما دون الاية للحايض والنفسا والجنب
مستدلا بان المتعلق بالقران حكمان جواز الصلاة ومنع الحايض عن القراءة ثم في احد الحكمين يفصل بين الاية وما دونها فكذلك في الحكم الاخر
وقال الكرخي يمنع عن قراءة ما دون الاية ايضا علي قصد قراءة القران كما يمنع عن قراءة الاية التامة لان الكل قران فاما لم يقصد القران نحو ان يقول الحمد
شكرا للنعمة فلا باس به وذكر الحلواني عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالي لا باس للجنب ان يقرا الفاتحة علي وجه الدعا قال الهندواني لا افتي بهذا وان روي
عنه قيل والمختار الجواز وليس لهم اي للحايض والنفسا والجنب مس المصحف الا بغلافه قال لقوله عليه السلام رواه مالك في الموطا والدارقطني فان قلت
ما بال المصنف لم يستدل بقوله تعالي انه لقران كريم في كتاب مكنون لا يمسه الا المطهرون فانه ظاهر في النهي عن مس المصحف لغير الطاهر قلت لان بعض
العلما حملوه علي الكرام البررة وكان محتملا فترك الاستدلال به ... ثم الحدث والجنابة حلا اليد اي اقره لبيان مشاركتهما في حرمة المس وافتراقهما في
حكم القراءة لما ثبت حكم الحدثين في اليد لم يجز مس المصحف باليد لهما جميعا ولما لم يثبت حكم الحدث في الفم حيث لم يجب غسله وثبت حكم الجنابة فيه حيث وجب غسله
ليرم جازت قراءة المحدث دون الجنب قال فخر الاسلام في الجامع الصغير فان غسل الجنب فمه ليقرا او يده ليمس او غسل المحدث يده لم يطلق القراءة ولا المس
للجنب ولا المس للمحدث هذا هو الصحيح لان ذلك لا يتجزي وجودا ولا زوالا وغلافه ما كان متجافيا عنه اي متباعدا بان يكون شيا ثالثا بين الماس
والممسوس ولا يكون متصلا به كالجلد المشرز ينبغي ان لا يكون تابعا للماس كالكم ولا الممسوس كالجلد المشرز قال صاحب التحفة اختلف المشايخ في
الغلاف فقال بعضهم هو الجلد الذي عليه وقال بعضهم هو الكم وقال بعضهم هو الخريطة وهو الصحيح لان الجلد تبع للمصحف والكم تبع للحامل
والخريطة ليست بتبع لاحدهما فقوله هو الصحيح الاول رد للاول وقوله هو الصحيح الثاني رد للثاني وقوله خلاف لكتب الشرعية المشروعة
يعني كتب الحديث والفقه حيث يرخص لاهلها في مسها بالكم لان فيه ضرورة وفيه اشارة الي ان مسها بلا طهارة مكروه ... ولا باس بدفع المصحف
للصبيان معناه لا باس بان يدفع الطاهر دون المحدث المصحف الي الصبيان المحدثين لانه لو لم يكن كذلك فاما ان يمنع منهم المصحف وفيه تضييع حفظ
القران او يومروا بالتطهير وفيه حرج عليهم لانهم لم يخاطبوا بذلك ويجوز ان يكون معني قوله وفي الامر بالتطهير وفي امر الاوليا بتطهير الصبيان
كنهيهم عن الناس المذكور منهم الحرج فخرج بالاولي والعليين الدافعين ... هو الصحيح احتراز عما روي عن بعض المشايخ انه ان دفع المصحف
واللوح الذي كتب فيه القران اليهم مكروه بنا علي ان الدافع مكلف بعدم الدفع قال واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام وكان لعادتها
تمام عادتها لم يحل وطيها حتي تغتسل لان الدم يدر بكسر الدال وضمها اي يسيل تارة وينقطع اخري فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع

بوجود

بوجود جانب علي زمان عادتها من مدة الاغتسال فيحل وطيها لصيرورتها من الطاهرات حقيقة ولو لم تغتسل ومضي عليها ادني وقت الصلاة بقدر ان تقدر
علي الاغتسال والتحريمة حل وطيها لان الصلاة صارت دينا عليها فصارت من الطاهرات حكما لان الشرع اذا حكم عليها بوجوب الصلاة ولا يصح حال كونها طاهرة
حايضا دل انه حكم بطهرها وفي بعض النسخ او مضي عليها وقت صلاة كاملة وقيل عليه ان كان كامل صفة للوقت ان كان مرفوعا وليس بمرضي وان
كان صفة للصلاة فان كان الواجب كاملة واجيب بانه صفة للوقت والجر للجوار كما في جحر ضب خرب ومعناه الكامل في السببية فانه اذا انقطع
الدم في اخر الوقت بحيث ان تتمكن ان تغتسل وتحرم للصلاة كان ذلك المقدار كاملا في ايجاب الصلاة عليها كما ان مضي كمال الوقت عليها وهو منقطع
الحيض كمال في ذلك وليس معناه ان مضي كمال الوقت علي معني انه انقطع دمها في اول الوقت ودام الانقطاع حتي مضي الوقت شرط في كونها من
الطاهرات في حل القربان ووجوب الصلاة وعلي هذا لا فرق في العبارتين من حيث المعني الا ان الاولي اوضح في تاديته ... ولو كان انقطع
الدم دون عادتها ظاهر ... فوق الثلث مستغني عنه خارج مخرج الغالب وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطيها قبل الغسل وحل الوطي
ليس يتوقف علي انقطاع الدم لكن ذكره بمقابلة ... واذا انقطع الدم وذلك لما ذكر انه لا مزيد للحيض علي العشرة ويجب عليها الصلاة لانها
تيقنا بمجرد انقطاع الدم بخروجها من الحيض فاذا ادركت جزا من الوقت قليلا كان او كثيرا كان عليها قضا تلك الصلاة بخلاف ما اذا كان ايامها دون
العشرة فان فيه مدة الاغتسال من جملة حيضها فلا بد من الوقت مقدار ما يمكنها ان تغتسل فيه وتحرم للصلاة لتصير مدركة لشي من الوقت بعد
الطهارة ليجب عليها قضا تلك الصلاة ... الا انه لا يستحب استثنا من قوله حل وطيها يعني انه لا يستحب وطيها قبل الاغتسال للنهي في القراءة
بالتشديد فان ظاهر النهي فيها يوجب حرمة القربان قبل الاغتسال في الحالين باطلاقه كما قال زفر والشافعي رحمهما الله قال والطهر المتخلل بين
الدمين في مدة الحيض اذا احاط الدم بطرفي مدة الحيض كالدم المتوالي في رواية محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله ووجه ما ذكره في الكتاب ان استيعاب
الدم مدة الحيض ليس بشرط فيعتبر اوله واخره والطهر المتخلل بينهما تبع لهما كالنصاب في باب الزكاة فانه شرط وجوبها كان النصاب في طرفي الحول
والنقصان في خلاله لا يضر مثاله مبتداة رات يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما فالعشرة كلها كالدم المتوالي لاحاطة الدم بطرفي العشرة
ولو رات يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما لم يكن شي منه حيضا وعن ابي يوسف رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة وقيل هو
اخر اقوال ابي حنيفة ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لم يفصل بين الدمين وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد لا يصلح للفصل
بين الحيضين لان اقل مدة الطهر الصحيح خمسة عشر يوما فكذلك لا يصلح للفصل بين الدمين لان الفاسد لا يتعلق به احكام الصحيح شرعا فكان
كالدم المتوالي مثاله مبتداة رات يوما دما واربعة عشر يوما طهرا ويوما دما فالعشرة من اول ما رات عنده حيض يحكم ببلوغها به وكذلك اذا رات يوما
دما وتسعة طهرا ويوما دما ... والاخذ بهذا القول اي قول ابي يوسف ايسر يعني للمفتي والمستفتي لان في قول محمد تفاصيل يشق ضبطها واعلم ان احاطة
الدم للطرفين شرط بالاتفاق لكن عند محمد لطرفي مدة الحيض كما تقدم وعلي هذا لا يجوز بداية الحيض ولا ختمه بالطهر لان الطهر ضد الحيض والشي لا
يبدا بضده ولا يختم به وعند ابي يوسف لطرفي الطهر المتخلل وعلي هذا يجوز بدايته الحيض بالطهر وختمه ايضا فيجوز بدايته به اذا كان قبله فقط
اول م ولا يختم به حينيذ ويجوز ختمه به اذا كان بعده دم لا قبله مثال قول ابي يوسف من المسايل امراة عادتها في كل شهر خمسة رات قبل ايامها بيوم
يوما دما ثم طهرت خمستها ثم رات يوما دما فعنده خمستها حيض اذا جاوز المرئي العشرة لاحاطة الدمين بزمان عادتها وان لم تر فيه شيا واما اذا لم
يجاوز فيكون جميع ذلك حيضا ولذلك لو رات قبل خمستها يوما دما ثم طهرت اول يوم من خمستها ثم رات ثلثة دما ثم طهرت اخر يوم من خمستها ثم استمر
الدم فحيضها خمستها عنده وان كان ابتدا الخمسة وختمها بالطهر لوجود الدم قبله وبعده وان الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان دون ثلثة لا يكون فاصلا
بالاتفاق وما دون خمسة عشر كذلك عند ابي يوسف كما مر انفا وعند محمد اذا بلغ ثلثة فصاعدا فان استوي الدم والطهر في ايام الحيض او غلب الدم فكذلك
وان غلب الطهر صار فاصلا حينيذ ان لم يمكن جعل كل واحد منهما بانفراده حيضا لا يكون شي منه حيضا وان امكن ذلك جعل حيضا سوا كان
المتقدم او المتاخر وان امكن جعل كل واحد منهما جعل اسرعهما امكانا حيضا فقط اذا لم يتخلل بينهما طهر تام مثاله مبتداة رات يوما دما
ويومين طهرا ويوما دما فالاربعة حيض ولو رات يوما دما وثلثة طهرا ويوما دما لم يكن شي منها حيضا لغلبة الطهر ولو رات يوما دما وثلاثة
طهرا ويوما دما لم يكن شي منها حيضا لغلبة الطهر ولو رات يوما دما وثلثة طهرا ويومين دما فالستة كلها حيض لاستوايهما فغلب الدم لان اعتبار
الدم يوجب حرمة الصوم والصلاة واعتبار الطهر يوجب حل ذلك واذا استوي الحلال والحرام غلب الحرام كما في التحري في الاواني فان
الغلبة اذا كانت للنجاسة او كانا سوا لا يجوز التحري فهذا مثله وان رات ثلثة دما وستة طهرا ويوما دما فحيضها الثلاثة الاولي لان الطهر غالب
فصار فاصلا والمتقدم بانفراده يمكن ان يجعل حيضا فجعلناه حيضا ولو رات يوما دما وخمسة طهرا وثلثة دما فحيضها الثلاثة الاخيرة لما بينا
ولو رات ثلثة دما فحيضها الثلاثة الاولي لانه اسرعهما امكانا فان قيل قد استوي الدم بالطهر فلم يجعل كالدم المتوالي اجيب بان استوايهما
انما يعتبر في مدة الحيض واكثر مدة الحيض عشرة والمرئي في العشرة ثلثة دم وستة طهر ويوم دم فكان الطهر غالبا فلهذا صار فاصلا قال واقل
الطهر خمسة عشر يوما اقل الطهر الذي يكون بين الحيضتين خمسة عشر هكذا روي عن ابراهيم النخعي والظاهر انه منقول عن النبي صلي الله عليه وسلم لانه مقدار
والمقادير لا تعرف الا سماعا وذكر في المحيط ان الله تعالي اقام الشهر في حق الايسة والصغيرة مقام الطهر والحيض وما اضيف الي شيين ينقسم عليهما
نصفين فينبغي ان يكون نصف الشهر طهرا ونصفه حيضا الا انه قام الدليل علي نقصان الحيض علي النصف فبقي الطهر علي ظاهر القسمة وهذا
لا سند له الا منقولا عن الشيخ ابي منصور الماتريدي رحمه الله وفيه نظر لما ان المقادير لا تعرف الا توقيفا ولذا ما ذكر في المبسوط ان
مدة الطهر نظير مدة الاقامة من حيث انها تعيد ما كان من الصوم والصلاة وقد ثبت بالاخبار ان اقل مدة الاقامة خمسة عشر يوما
اقل م فكذلك اقل مدة الطهر ولهذا قدرنا ان مدة الطهر بخمسة ... بثلاثة ايام اعتبارا باقل مدة السفر فان كل واحد منهما يوثر في الصوم والصلاة لكن

ما ذكر في المبسوط يمكن ان يستند الي السماع بحمل الاخبار الواردة في مدة الاقامة واردة فيه لتساويهما فيما ذكرنا فكان من باب الدلالة وفيه بعد
قوله ولا غاية لاكثره اي لاكثر الطهر ومعناه انها تصلي وتصوم ما تري الطهر وان استوفى عمرها فقوله لانه اي الطهر يمتد الي سنة وسنتين فلا
يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم فاحتيج الي نصب العادة فانه يكون حينئذ لاكثره غاية عند عامة العلماء خلافا لابي عصمة سعد بن معاذ
المروزي والقاضي ابي حازم فانه لا غاية لاكثره عندهما علي الاطلاق لان نصب المقادير بالسماع ولا سماع ههنا وعلي هذا اذا بلغت امراة فرات
عشرة دما او سنة او سنتين طهرا ثم استمر بها الدم فعندهما طهرها ما رات وحيضها عشرة ايام تدع الصلاة من اول زمان الاستمرار عشرة ايام
وتصلي سنة او سنتين فان طلقها زوجها عدتها بثلاث سنين او ست سنين وثلاثين يوما واما العامة فقد اختلفوا في التقدير فقال محمد بن شجاع
طهرها تسعة عشر يوما لان اكثر الحيض في كل شهر عشرة والباقي طهر وتسعة عشر بيقين وقال محمد بن سلام طهرها سبعة وعشرون يوما فما دونها لان اقل
الحيض ثلاثة ايام فيخرج من كل شهر فيبقي سبعة وعشرون يوما وقال محمد بن ابراهيم الميداني طهرها ستة اشهر الا ساعة وعليه الاكثر لان اقل المدة
التي يتغير الحيض فيها ستة اشهر وهو اقل مدة الحمل الا ان ما عليه الاصل ان مدة الطهر اقل من مدة الحمل فنقص منه شيئا يسيرا وهو ساعة
فتنقضي عدتها تسعة عشر شهرا الا ثلاث ساعات لجواز ان يكون وقوع الطلاق عليها في حالة الحيض فيحتاج الي ثلاثة اطهار كل طهر ستة اشهر الا ساعة
وكل حيض عشرة ايام وقال الحاكم الشهيد طهرها شهران وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالي لان العادة ماخوذة من المعاودة وهو الحيض والطهر
مما يتكرر في الشهرين عادة اذ الغالب ان المراة تحيض في كل شهر مرة فاذا طهرت شهرين فقد طهرت في ايام عادتها والعادة تنتقل بذلك
الطهر عادة لها فوجب التقدير به قيل والفتوي علي قول الحاكم لانه الايسر علي المفتي والنساء وفيه اقوال اخري تركتها مخافة الاطناب وما كان
في الاقوال فيه كثرة اعرض المصنف عنها وقال ويعرف ذلك في كتاب الحيض قال ودم الاستحاضة كالرعاف كلامه واضح وقوله بنتيجة الاجماع
قيل اي بدلالته وتقريره اجمع المسلمون علي وجوب الصلاة وهو يوجب وجوب الصوم وحل الوطي بطريق الاولي لانه لما جعل الدم عدما
في حق الصلاة مع المنافاة الثابتة بينهما لكونه منافيا لشرطها فلان يجعل عدما في حق الصوم والوطي اللذين لا منافاة بينهما اولي قال في الكافي
تفسير نتيجة الاجماع بدلالته غير صحيح لفظا لا معني والتفسير بالحكم اشد طباقا قال الشيخ عبد العزيز رحمه الله فقد يجوز ان تسمي نتيجة
من حيث ان دلالة النص والاجماع اصل وقوله لو فسرت بالحكم لاوهم ان الاجماع منعقد عليه اصلا قصدا وليس كذلك فلذلك فسرت بالدلالة
ولو زاد الدم علي عشرة ايام تعرض ما هو المتفق عليه فان الدم اذا زاد علي عشرة ايام ولها عادة معروفة دون العشرة وردت الي ايام عادتها
باتفاق اصحابنا واما اذا زاد علي عادتها المعروفة دون العشرة فقد اختلف فيه المشايخ فذهب ايمة بلخ الي انها تومر بالاغتسال والصلاة
لان حال الزيادة متردد بين الحيض والاستحاضة لانه ان انقطع الدم بيتي قبل العشرة كان حيضا وان جاوز العشرة كان استحاضة فلا تترك
الصلاة مع التردد وقال مشايخ بخاري لا تومر بالاغتسال والصلاة لانا عرفناها حايضا بيقين ودليل بقاء الحيض وهو رؤية الدم قايم
ولا يكون استحاضة حتي يستمر فيجاوز العشرة ولا دليل علي ذلك فلا تومر بالاغتسال والصلاة حتي يتبين امرها فان جاوزت العشرة امرتها
بقضاء ما تركت من الصلاة بعد ايام عادتها قال في المحيط وهو الاصح والذي زاد يعني علي العادة المعروفة استحاضة لقوله صلي الله عليه وسلم
تدع الصلاة ايام اقرايها ووجه الاستدلال ان من زاد دمها علي عشرة فهي مستحاضة والمستحاضة تدع ايام اقرايها وايام اقرايها عادتها المعروفة
فما زاد عليها لا تدعها فيه واللام تبع للاضافة فايدة ولان الزايد دليل اخر وتقريره الزايد علي العادة يجانس الزايد علي العشرة وكل ما يجانس
يجانس الزايد علي العشرة يلحق به فالزايد علي العادة يلحق بالزايد علي العشرة اما ان الزايد علي العادة يجانس الزايد علي العشرة فمن حيث الذات
وكونهما زايدتين علي العادة المعروفة وعورض بان الزايد علي العادة يمكن ان يكون حيضا بخلاف الزايد علي العشرة فلا يتجانسان وبعبارة
اخري وهي ان ما زاد علي العادة مجانس العادة في كونهما في مدة الحيض فيعارض التجانس والجواب انهما لو تجاذبا في امكان الحيض او عدمه
كانا متماثلين ولم يدع ذلك فان التجانس بين الزايدين من وجهين كما ذكرناه راجح واما ان كل ما يجانس الزايد علي العشرة ملحق به فلان الجنسية
علة الضم وان ابتدا مع البلوغ مستحاضة روي مبنيا للفاعل ومبنيا للمفعول فاختاره صاحب النهاية به وجعل المستحاضة من
باب جن واغمي لانه لا اختيار لها وجعل مستحاضة نصبا علي الحال المقدرة كقوله فادخلوها خالدين لان الاستحاضة حال ابتدا رويتها الدم لم
يثبت وانما يثبت بالزيادة عند العشرة ولكن يعلم عند الزيادة علي العشرة انها كانت مقدرة الاستحاضة عند ابتدا رويتها الدم لانا
عرفناه حيضا اي لان الدم المرئي في العشرة حيضا فلا نخرج عن كونه حيضا بالشك وتقديره ان المرئي في العشرة حال وجوده محكوم بكونه حيضا
ولهذا لو انقطع الدم علي العشرة حكمنا بكون كله حيضا فان زاد علي العشرة وقع الشك في كون الزايد علي الثلاثة حيضا او لا فلا يزول ذلك
اليقين بهذا الشك الذي حدث الان ولما كان الحيض اكثر وقوعا قدمه ثم اعقبه الاستحاضة لانه اكثر وقوعا من النفاس باعتبار
كثرة اسبابها فانها تكون مستحاضة بما اذا رات الدم حال الحبل او زاد علي العشرة او زاد علي معروفها وجاوز العشرة او رات ما دون الثلاث او رات
قبل ان تبلغ تسع سنين علي ما عليه العامة بخلاف النفاس فان سببه شيء واحد وقدم حكم المستحاضة ومن بمعناها علي تعريفها لان المقصود بيان الدم
الحكم ومن به سلس البول وهو من لا يقدر علي امساكه والرعاف الدم الخارج من الانف والجرح الذي لا يرقا اي الذي لا يسكن دمه من رقا الدم سكن
يتوضون لوقت كل صلاة وهو حكم المسئلة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاوا من الفرايض والنوافل والنذور والواجبات
عندنا وقال الشافعي رحمه الله يتوضا لكل صلاة مكتوبة واستدل بقوله صلي الله عليه وسلم المستحاضة تتوضا لكل صلاة وبان اعتبار طهارتها
ضرورة اداء المكتوبة ولا ضرورة بعد ادايها فلا اعتبار لها بعد الفراغ منها فان قيل كل صلاة اعم من كونها مكتوبة او غيرها فالتقييد بالمكتوبة
تحكم وكانه لا ضرورة بعد اداء المكتوبة لا ضرورة في النوافل اذ لا حرج في تركها فاعتبر عدمها بالنسبة الي المكتوبة دونها ايضا بحكم اجيب بانه
لكل

الدم

١٢

لكل صلاة مطلق والمطلق ينصرف الي الكامل والكامل هو المكتوبة فينصرف اليها وان الحاجة في حق النوافل لم تدع لانها غير موضوع
في كل وقت ولي الزام الطهارة حرج بين ورد بان الاسم بان الصلاة هنا مطلق بل عام بدخول كلمة كل فلا يتمشي ما ذكرتم وبان طهارتها بعد
اداء المكتوبة ان كانت باقية تساوت الفرايض والنوافل في جواز الاداء بها وان لم تبق تساويا في عدم جوازه بها وفيه نظر ولنا قوله صلي
الله عليه وسلم المستحاضة تتوضا لوقت كل صلاة وهو اي الوقت مراد بالاول اي بما رواه الشافعي لان اللام يستعار للوقت يقال اتيك
لصلاة الظهر اي وقتها فكان ما رواه نصا محتملا للتاويل وما رويناه مفسرا لا يحتمل فيترجح عليه كما عرف في موضعه علي ان الحفاظ اتفقوا
علي ضعف حديث حكاه النووي في المهذب فوله ولان الوقت اقيم مقام الاداء دليل معناه معقول وان رجونا قالوا معناه ما ذكره
شمس الايمة في الجامع الصغير وهو قوله ثم في تقدير طهارتها بالصلاة بعض الحرج لان الناس يتفاوتون في اداء الصلاة فمنهم
مطول لها ومنهم غير مطول فلم يكن ضبطه فقدرنا طهارتها بالوقت دفعا للحرج وفيه نظر لانا اذا قدرنا طهارة كل شي باداية وفرضنا الفراغ
عنه اوجبنا عليه وضوء اخر لكل ما يصلي من اداء او واجب او نذر في وقته او مكتوبة اخري في وقت اخر تحقق الحرج في موضع التخفيف فان اعتبار
طهارتها ليس الا رخصة وتخفيفا وذلك خلف باطل واذا اقام الوقت مقام الاداء يدار الحكم عليه لان الشي اذا اقام مقام شي اخر كان المنظور
اليه ذلك الشي وقد عرف ذلك في موضعه فاذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا الوضوء لصلاة اخري عند علمائنا الثلاثة قيل قوله
واستانفوا الوضوء لصلاة اخري مستدرك لان بطلان الوضوء يستلزمه واجيب بانه لا يستلزمه كالمتيمم لصلاة الجنازة في المصر فانه اذا
صلي عليها بطل تيممه بالنسبة الي غير صلاة الجنازة وبقي في حق جنازة اخري حضرت ونحوه اذا اشتغل بالوضوء فيه يجهل كما ترك
ويجوز ان يكون تاكيدا ويجوز ان يكون الاول لبيان المذهب والثاني لنفي قول زفر فانه يقول استانفوا اذا دخل الوقت ويجوز ان
يكون كالتفسير للاول فانه لما قال بطل وضوءهم ربما يقول معنت ان الوضوء كان باطلا بالحدث السابق فتبين ان المراد ببطلانه
وجوب استيناف وضوء لا البطلان المعهود فان توضاوا حين تطلع الشمس اجزاهم حتي يذهب وقت الظهر بيان موضع الخلاف
فعند ابي حنيفة ومحمد ما ذكر وعند ابي يوسف وزفر حتي يدخل وقت الظهر ولما كان ذكر ابي يوسف وزفر في هذه المسئلة كالمناقض لما ذكر
من قوله فاذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا الصلاة اخري وهو عند علمائنا الثلاثة احتاج الي بيان الاصل المبني عليه فقال
وحاصله ما ذكرناه من الاختلاف في هذه المسئلة ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت اي عند الخروج بالحدث السابق عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وبدخوله فقط عند زفر وبهما كان عند ابي يوسف رحمه الله وانما قال اي عنده لان خروج الوقت ليس من صفاته
الا ان فصل لعذر ان يكون حدثا فكان الانتقاض بالحدث السابق لكن الوقت مانع فاذا زال ظهر اثر الحدث فكانت النسبة الي الخروج
مشكلا مجازا او اعترض بان الانتقاض لو استند الي الحدث السابق لما وجب القضاء علي من شرع في التطوع ثم خرج الوقت لانه ظهر انه
شرع فيها بلا طهارة والجواب ما ذكرنا ان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا كان الحكم دايرا عليه كان الانتقاض
مقتصرا من ذلك الوجه فكان ظهورا من وجه اقتصارا من وجه فعلمنا بالوجهين جميعا فجعلناه اقتصارا في القضاء وظهورا في حق
المسح حتي ان المستحاضة لا تمسح علي خفيها بعد خروج الوقت اذا كان الدم سايلا وقت الوضوء واللبس او عند احدهما لان طهارتها اذا
انتقضت استندت الي الحدث السابق ولم يعكس لان الاقتصار والظهور عملا بالاحتياط فان الاحتياط فيه دون عكسه وفايدة الاختلاف
لا تظهر الا فيمن توضا قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس انما انحصرت فيهما لان في الاولي دخولا بلا خروج فلا ينتقض عند ابي
حنيفة ومحمد حتي يذهب وقت الظهر وينتقض عندهما وفي الثانية خروجا بلا دخول فينتقض عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ولا
ينتقض عند زفر هذا ما يدل عليه ظاهر كلام المصنف رحمه الله كما تري وقال الامام فخر الاسلام رحمه الله طهارتها لا تنتقض عند ابي يوسف
بخروج بلا دخول وتنتقض بدخول بلا خروج كما هو قولهما وقال فيما اذا توضات قبل الزوال ودخل وقت الظهر انما يحتاج للطهارة لاجل
الظهر عنده لان طهارتها انتقضت بدخول الوقت عنده بل لان طهارتها ضرورية ولا ضرورة في تقديمها علي الوقت وقال في طريقة الشيخ
في مذهبه ان شيا من ذلك لا يعني الخروج والدخول ليس بحدث وانما لم ينتقض الطهارة بطلوع الشمس لان قيام الوقت جعل عذرا وقد
بقيت شبهته حتي لو قضي صلاة الفجر قضاها مع سنتها وكان كمال الخروج بدخول وقت اخر ولم يوجد شبهة فصلحت لبقا حكم العذر تخفيفا
قال صاحب النهاية فبهذا التقدير يعلم ان العلماء الاربعة كلهم متفقون علي ان الحدث السابق انما يحل عند خروج الوقت لا غير الا ان
عند ابي يوسف تقديم الطهارة علي الوقت غير معتبر لعدم الحاجة فيجب عليها الوضوء ثانيا بعد دخول الوقت عنده ايضا واقوال لم يظهر
لذلك فايدة في المسايل لانه لا تظهر الا في الصورتين المذكورتين فان اعتبرت ما ذكره المصنف صح وان اعتبرت ما ذكره فخر الاسلام
صح فلم يكن الاختلاف بينهما الا في التخريج والتعويل علي الصحيح النقل لزفر رحمه الله ان اعتبار الطهارة مع المنافي للطهارة للحاجة
الي الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا يعتبر فان قيل نعم المعتبر كيف يوصف بالانتقاض عند دخول الوقت اجيب بان عدم الاعتبار انما هو
بالنسبة الي الوقتية لا مطلقا فانها معتبرة في حق قضاء الفوايت والنوافل فكان نقضها باعتبارها ولابي يوسف ان الحاجة مقصودة
علي الوقت فلا يعتبر قبله وبعده ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا بد من تقديم الطهارة علي الوقت
ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وليس الكاف للتشبيه بل للمقارنة اي ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وهذا لان الوقت قايم مقام الاداء
كما مر انفا وتقديمها علي الاداء واجب فكان تقديمها علي خلفه جايزا حطا لرتبته عن رتبة الاصل فان قلت ففي عبارة المصنف تسامح لانه
قال لا بد من تقديم الطهارة وذلك يستعمل في الوجوب لا محالة وليس التقديم واجبا والجواب ان المضاف محذوف اي لا بد من جواز

تقديم الطهارة وإذا كان كذلك لم يكن الدخول صالحا لظهور الحدث عنده لكونه مخففا للحاجة وأما خروج الوقت فدليل زوال الحاجة فظهر
اعتبار الحدث عنده وقوله والمراد بالوقت وقت المفروضة وقوله عندهما أي أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله وهو الصحيح احتراز عما
قال بعضهم ليس له أن يصلي الظهر به لأنه خرج وقت صلاة واجبة لأن صلاة العيد واجبة قوله لأنها يعني صلاة العيد بمنزلة الضحى من حيث
أنها ليست بمفروضة حتى قال بعض المشايخ إنها صلاة الضحى أديت بجماعة قوله فعندهما أي عند أبي حنيفة ومحمد وإنما خصهما بالذكر وإن
كان الحكم بالجميع كذلك فإن الشبهة تأتي على قولهما لأن عند محمد له أن يقدم الطهارة على الوقت ولا ينتقض بالدخول ومع ذلك ليس له أن يصلي
العصر بهذه الطهارة لما أن هذا دخول مشتمل على الخروج لكن إذا لم تنتقض بالدخول انتقضت بالخروج وإنما وضعت المسألة في الظهر قبله
ليبين أنه ليس بين وقت الظهر والعصر وقت مهمل وما روي عن أبي حنيفة أن الظل كل شيء إذا كان مثله خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر
ليس بصحيح قال والمستحاضة هي التي لم يأت عليها وقت صلاة لما فرغ من أحكام المستحاضة عرفها بقوله هي التي لا يأتي عليها وقت
صلاة إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه قال الإمام التمرتاشي والمرغيناني والإمام حميد الدين الضرير وغيرهم إن هذا تعريف المستحاضة
في حال البقاء وأما في الثبوت فيشترط فيه دوام السيلان من أول الوقت إلى آخره اعتبارا بالسقوط فإنه لا يتم حتى ينقطع في الوقت كله وهو مشكل
على كل حال إلا أنه كان تعريفا لها في الابتداء أو البقاء على ما يدل عليه ظاهر كلام المصنف فإنه ينتقض بالحائض فإنها قد تكون على وجه
لا يمضي عليها وقت صلاة إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وبما إذا رأت الدم في أول الوقت ثم انقطع فتوضأت ودام الانقطاع
حتى خرج الوقت فإن التعريف صادق عليها وليست بمستحاضة بدليل عدم انتقاض طهارتها بخروج الوقت والمستحاضة تنتقض
طهارتها بذلك والدليل على عدم انتقاض طهارتها ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في الجامع الكبير وقال إذا توضأت المستحاضة في
وقت العصر والدم منقطع وصلت ركعتين ودخل وقت المغرب وسال الدم فعليها أن تتوضأ وتبني على صلاتها لأن انتقاض
الطهارة كان بالحدث لا بخروج الوقت والوضوء منها أداء شيء من الصلاة بعد الحدث يجوز لها أن تبني وإن كان تعريفا في الابتداء فقط كما قالوا
فكذلك ويلزم اختلاف حقيقة الشيء بالنسبة إلى الحالتين والحقائق لا تختلف ولعل الصواب أن يقال في تعريفها المستحاضة من ثبت
عذرها باستمرار الدم من فرجها وقت صلاة كاملا ليس من أوقات الحيض والنفاس ثم لا تخلو عنه منذ توضأت فيه إن دام فقوله من ثبت
عذرها بمنزلة الجنس قوله باستمرار الدم احتراز عمن هو بعذر ما كمن به انفلات ريح وانطلاق بطن وغيرهما قوله من فرجها احتراز عما
إذا ثبت عذرها باستمرار الدم من أنفها أو جرحها فإنها بعذرها قوله وقت صلاة كاملا لبيان ثبوت عذرها ابتداء قوله ليس أي ذلك
الوقت من أوقات الحيض والنفاس احتراز عما ورد على التعريف الأول من النقض بصورة الحائض والنفساء كالحائض في الوضوء
قوله ثم لا تخلو أي المستحاضة عنه أي عن الدم منذ توضأت فيه أي في الوقت لبيان أن الاستمرار ليس بشرط في البقاء والاحتراز عما
ما ورد من النقض بقوله وبما إذا رأت الدم في أول الوقت ثم انقطع فإن الدم فيه قبل الوضوء والمعتبر أن يكون بعده أو عنده
قوله إن دام يعني الحدث ليكون أن كونها مستحاضة لا يتوقف على قوله لا تخلو عنه إلى آخره وإنما ذكر للبقاء وباستمرار الدم في وقت
كامل يثبت ذلك وإن انقطع في الوقت الثاني بالكلية وقوله وكذلك كل من هو في معناها أي في معنى المستحاضة أي يكون حكمه حكمها
قوله وهو من ذكرناه يعني قوله ومن به سلس البول والرعاف الدائم الذي لا يرقأ قوله ومن به استطلاق بطن أو انفلات ريح عطف
على قوله من ذكرناه واستطلاق البطن مشيه وانفلات الريح خروج الشيء فلتة أو بغتة لأن الضرورة بهذا أي بما ذكرنا من الأحداث
تتحقق وهي أي الضرورة تعم الكل فيكون حكم الكل حكم المستحاضة ولو أريد تعريف المعذور قيل هو من حصل به دوام حدث وقت صلاة كاملا
ثم لا يخلو عنه منذ توضأ فيه إن دام والقيود تعرف فيما تقدم قوله ... الدم المختصة بالنساء الحيض والاستحاضة والنفاس
والنفاس أخرها ترتيبا لما دل على ذلك فيما تقدم من ترتيب الحيض والاستحاضة والنفاس مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها إذا
ولدت فهي نفساء وهن نفاس والاصطلاح النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة قوله عقيب الولادة صفة للدم لأنه لم يرد به معين
فهو في معنى النكرة وقوله لأنه مأخوذ فيه تسامح لأنه تعليل في موضع التعريف وتداركه بأنه جعله من باب التسمية كأنه قال سمي
الدم الخارج عقيب الولادة بالنفاس لأنه مأخوذ من تنفس الرحم بالدم أو من باب خروج النفس بكون الفاء بمعنى الولد أو بمعنى الدم من
قولهم له نفس سائلة قال صاحب المغرب وأما اشتقاقه من تنفس الرحم أو من خروج النفس بمعنى الولد أو بمعنى الدم فليس بذلك وليس
وذكر في المحيط أنه مشتق من تنفس الرحم أو النفس أو الولادة على ما قال الشاعر إذا نفس المولود من آل خالد فذا الكرم للناظرين قريب
وقد وجد ذلك كله قوله والدم الذي تراه الحامل ابتداء أي حال الحبل أو حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وإن كان ممتدا أي
بالغا نصاب الحيض وقال الشافعي رحمه الله هو حيض اعتبارا بالنفاس يعني إذا ولدت ولدين في بطن واحد فرأت الدم قبل خروج
الولد الثاني فإنها حامل في حق الولد الثاني وذلك نفاس عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والجامع كونهما جميعا من الرحم ولنا أن الولد
الحيض دم الرحم ودم الرحم لا يوجد من الحامل لأن بالحبل ينسد فم الرحم لأن الله أجرى عادته بذلك لئلا يترك ما فيه لكون الثقب من أسفل
واعتباره بالنفاس فاسد لأنه إنما يكون بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما يروى عن أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لأن فم الرحم ينفتح فيتنفس بالدم حينئذ إذا خرج أكثر الولد وأما إذا خرج أقله فلا تصير نفساء وإن خرج الدم لأن النفاس
ما يعقب الولد ولم يوجد الولد حقيقة وحكما هو ولا حكما لأنه ليس للأقل حكم الكل وأن إبهام البعض لاختلاف وقع في الرواية روى
خلف بن أيوب عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن الدم الذي تراه المرأة بعد خروج أكثر الولد نفاس وروى المعلى عن أبي يوسف بعد خروج

بعض

بعض الولد وروى هشام عن محمد بعد خروج الرأس ونصف البدن أو الرجلين وأكثر من نصف البدن وعنه أنها لا تصير نفساء حتى يخرج
جميع ولدها وذكر شيخ الإسلام في مبسوطه أن أبا يوسف مع أبي حنيفة في خروج الأكثر وهو صحيح على ما روى خلف بن أيوب وأما محمد فلم
يذكر أنه مع أبي حنيفة وهو ليس على قياس مذهب محمد فإن مذهبه أن النفاس إنما يثبت بوضع الحمل فما لم يوجد وضع الحمل كله لا يثبت
النفاس فلعل المصنف اطلع على رواية بعدها قوله والسقط الذي استبان بعض خلقه كأصبع مثلا ولد تصير المرأة به نفساء وتصير
الأمة به أم ولد إن ادعاها المولى والعدة تنقضي به والذي لم يستبن من خلقه شيء فلا نفاس لها ولكن إن أمكن جعل المرئي منها الدم حيضا
بأن يدوم إلى أقل مدة الحيض ويتقدمه طهر تام يجعل حيضا وإن لم يكن كان استحاضة قال وأقل النفاس لا حد له لا حد لأقل النفاس قال شيخ
الإسلام في مبسوطه اتفق أصحابنا على أن أقل النفاس ما يوجد فإنها كما ولدت إذا رأت الدم ساعة ثم انقطع عنها الدم فإنها تصوم وتصلي
وكانت بما رأت نفساء لا خلاف في هذا بين أصحابنا وإنما الخلاف فيما إذا أوجب اعتبار أقل النفاس في انقضاء العدة بأن قال لها إذا ولدت
فأنت طالق فقالت انقضت عدتي أي مقدار يعتبر لأقل النفاس مع ثلاث حيض عند أبي حنيفة رحمه الله يعتبر أقله خمسة وعشرين يوما
وعند أبي يوسف بأحد عشر وعند محمد بساعة وعند الكاتري ينتقض وجود الدم فإن ولدت ولم تر دما فهي نفساء في رواية الحسن عن أبي
يوسف وهو قول أبي حنيفة ثم رجع أبو يوسف وقال هي طاهرة وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب الغسل فأما الوضوء فواجب بالإجماع
كذا في المحيط وأكثر المشايخ أخذوا بقول أبي حنيفة وبعضهم أخذ بقول أبي يوسف وهو القياس لأن النفاس هو الدم الخارج عقيب
الولادة فإن لم يكن لها نفاس كيف تكون نفساء وقول أبي حنيفة أحوط وإنما لم يقدر أقله بحد لأن تقدم الولد على الخروج من الرحم فأغنى عن
امتداد جعل علما عليه بخلاف الحيض فإنه اشترط فيه امتداد الدم ثلاثة أيام ليعلم أن ذلك الدم من الرحم أولا فلا دليل على كونه
من الرحم وفي النفاس قد علم ذلك بانفتاح فم الرحم بخروج الولد قوله وأكثره أربعون يوما والطهر ومذهبنا مروي عن ابن عمر وعائشة
وأم سلمة وأم حبيبة وأبي هريرة رضي الله عنهم ومثله لا يعرف إلا سماعا وهو الموافق للمعقول لأنهم أجمعوا على أن أكثر مدة النفاس أكثر من أربعة أمثال
أكثر مدة الحيض وقد ثبت في باب الحيض أن أكثر مدة الحيض عشرة أيام بلياليها فكان أكثر مدة النفاس أربعين يوما وإنما كان أكثر مدة
النفاس أربعة أمثال مدة الحيض لأن الروح لا تدخل في الولد قبل أربعة أشهر فيجتمع الدم أربعة أشهر وإذا دخل الروح صار الدم
غذاء للولد فإذا خرج الولد خرج ما كان محتبسا من الدم أربعة أشهر في كل شهر عشرة أيام قوله وإن جاوز الدم الأربعين ظاهر قوله
وإن ولدت ولدين في بطن واحد يعني أن يكون بينهما أقل من ستة أشهر قوله وإن كان بين الولدين أربعون يوما احتراز عما قال بعض
المشايخ فيما إذا كان بين الولدين أربعون يوما إن النفاس فيه يكون من الولد الثاني عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وليس بصحيح
وإن الصحيح ما اختاره المصنف لأن أكثر مدة النفاس أربعون يوما وقد مضت فلا يجب النفاس بعدها ودليل كل واحد على ما
ذكر في الكتاب واضح قوله والعدة تعلقت بوضع حمل جواب عن قياس محمد النفاس على انقضاء العدة ووجهه أن العدة تنقضي
بوضع حمل مضاف إليها لقوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن والحمل اسم لكل ما في البطن وما بقي الولد في بطنها موجودا
كانت حاملا فلا تنقضي العدة حتى تضع الجميع باب الأنجاس وتطهيرها لما فرغ من بيان النجاسة الحكمية وتطهيرها شرع في بيان
النجاسة الحقيقية وتطهيرها لأن الأولى أقوى لكون قليلها يمنع جواز الصلاة بالاتفاق وكان بالتقديم أولى وتقدير كلامه باب
بيان الأنجاس والأنجاس جمع نجس بفتحتين وهو كل مستقذر وهو في الأصل مصدر ثم استعمل اسما قال الله تعالى إنما المشركون نجس وكان
يطلق على الحقيقي يطلق على الحكمي إلا أنه لما تقدم بيان الحكمي أمن من اللبس فأطلقه قوله وتطهيرها أي وتطهير محالها من البدن والثوب
والمكان إلا أنه لما أضافه إلى ضمير الأنجاس أنثه والكلام في هذا الباب في مواضع في الدليل الموجب للتطهير وفي آلة التطهير وفي بيان
تطهير النجاسة وفي كيفية التطهير وفي القدر الذي يصير به المحل نجسا وفيما يقدر التطهير به قوله تطهير النجاسة أي تطهير محل النجاسة انواعه
بإثبات الطهارة فيه كما ذكرنا وقيل تطهير النجاسة أي إزالتها واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك
فطهر أمر بتطهير الثياب مطلقا وهو للوجوب فإن قيل قد قال المفسرون معناه فقصر فلا يتم دليلا على إزالة النجاسة أجيب بأن ذلك مجاز
والأصل هو الحقيقة على أن تقصير الثياب يستلزم التطهير عادة فيكون أمرا بتطهير الثوب اقتضاء وإذا كان تطهير الثوب واجبا
لتحسين حال المناجي ربه كان تطهير المكان والبدن كذلك لمساواة الأول للمنصوص وأولوية الثاني وقوله صلى الله عليه وسلم حتيه
واقرصيه ثم اغسليه بالماء الحت القشر باليد والعود والقرص بأطراف الأصابع لا يقال الحديث ورد في أسماء بنت أبي بكر حين سألته عن
دم الحيض يصيب الثوب فيقتصر عليه لأنا نقول الموجب لوجوب تطهيره كونه نجسا ولا خصوصية له بذلك فيلحق به كل ما كان نجسا
ثم المعتبر في طهارة المكان ما تحت قدم المصلي فإن كان فيه أكثر من قدر الدرهم فالصلاة فاسدة وإن كانت في موضع السجود فكذلك في رواية محمد
عن أبي حنيفة رحمهما الله وفي رواية أبي يوسف عنه جائزة قوله ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر قوله طاهر احتراز عن بول ما يؤكل لحمه
فإن الأصح أن التطهير لا يحصل به وقيل يحصل حتى لو غسل دم بذلك رخص فيه ما لم يتفاحش قاله شمس الأئمة السرخسي والأصح أن التطهير
بالنجس لا يكون لتضاد بين الوصفين وكذا الحكم في الماء المستعمل قوله يمكن إزالتها به احتراز عن الدهن والسمن وما أشبه ذلك لأن
الإزالة إنما تكون بأن تخرج أجزاء النجاسة مع المزيل شيئا فشيئا وذلك إنما يتحقق فيما ينعصر بالعصر وإنما ذكر الماء وإن كان جواز التطهير به
ثابتا بالإجماع أعلم أن الإزالة بغيره واجبة بل تجوز به وبغيره قوله لأنه نجس بأول الملاقاة يعني لاختلاطه بالنجاسة والنجس لا يفيد
الطهارة طاهر وبه يفتى ما ذكرناه من رواية شمس الأئمة في بول ما يؤكل لحمه قوله إلا أن هذا القياس ترك في الماء للضرورة جواب عما يقال

فهذا المعنى موجود في المايع ايضا فيلزم شمول الجواز او عدمه قوله ولهما ان المانع قالع طاهر مطهر كالماء قوله والنجاسة للمجاور جواب عن سؤال
وهو ان الحقيقة قول بالموجب سلمنا انه يخرج باول الملاقاة لكن المحل لم يكن نجسا بعينه بل كانت النجاسة مجاورة له فاذا انتهت اجزاء النجاسة
بالعصر يحكم بطهارة المحل قوله بالتقليل بالقطع لا يجوز لان النص يقتضي الغسل بالماء قال عليه السلام ثم اغسليه بالماء لانا نقول الغسل بالماء
اما ان يكون واجبا لعينه او لغيره والاول ممنوع لان المصلي اذا قطع موضع النجاسة وصلى بذلك الثوب جازت الصلاة بلا خلاف والثاني
مسلم فانه واجب للتطهير وهو يحصل باستعمال المايع حصوله باستعمال الماء على ما بينا قوله وجواب الكتاب اي القدوري وهو قوله
فيجوز تطهيرها بالماء وبكل مايع طاهر الى اخره مطلق عن الثوب والبدن لا يفرق بينهما قوله عنه اي عن ابي يوسف في رواية الحسن ابن ابي مالك
عنه انه فرق وقال لا يجوز في البدن الا بالماء لان غسل البدن طريقه العبادة فاختص بالماء كالوضوء وغسل الثوب طريقه ازالة النجاسة فلم يختص
بالماء كالخف وهو ضعيف لان الكلام فيما اذا كان غير النجاسة قايما بالبدن ولا فرق بين ازالتها منه وازالتها من الثوب فانه
واذا اصاب الخف نجاسة اذا اصابت الخف فاما ان يكون لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني او لا يكون كالبول
والخمر وهو مجاور والاول اما ان حصل له جفاف او لا فان حصل ذلك فدلكه بالارض جاز اي طهر في حق جواز الصلاة استحسانا واما اذا اصابه
المايعة ذلك هل يعود نجسا كما كان ففيه روايتان وقال محمد لا تجوز الصلاة وهو القياس في على الثوب والبساط بجامع ان النجاسة تداخلت
في الخف تداخلها فيهما واليه اشار بقوله لان المتداخل في الخف اي اخره الا في المني فانه يطهر على ما سنذكره وقيده بالدلك بالارض رواية
الاصل وذكر في الجامع انه ان حكه او حته بعدما يبس طهر وهما استحسنا بالاثر وهو ما روى ابو سعيد الخدري رضي الله عنه في حديث
خلع النعال انه صلى الله عليه وسلم صلى يوما فخلع نعليه في الصلاة فخلع القوم نعالهم فلما فرغ سالهم عن ذلك فقالوا رايناك خلعت
نعليك فقال عليه السلام اتاني جبريل واخبرني ان بهما اذى فخلعتهما ثم قال اذا اتى احدكم المسجد فليقلب نعليه فان كان بهما اذى فليمسحهما
بالارض فان الارض لهما طهور والاذى هو ما يستقذر كانه يؤدي من يقربه نفرة وكراهية فجعل المسح بالارض طهورا وهو مفسر لا يحتمل التاويل
لا يقال الحديث ساقط العبرة لانه عليه السلام لم يستقبل الصلاة لجواز ان الخطر من النجاسة ترك في ذلك الوقت ولاحتمال ان يكون اقل
من قدر الدرهم قوله ولان الجلد لصلابته استدلال بالمعقول وهو ظاهر وان لم يحصل له جفاف لا يطهر حتى يغسله لما ذكر في الكتاب
وهو ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال اذا مشى على الروث ثم مسحه على الارض حتى لا يبقى فيه اثر النجاسة ولا رايحتها
تطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى يعني قوله فليمسحهما بالارض الحديث فانه لم يفرق بين الرطب واليابس وعليه مشايخنا قال شمس الايمة
السرخسي وهو صحيح وعليه الفتوى للضرورة فان قيل الحديث كما لم يفرق بين الرطب واليابس لم يفرق بين ما له جرم وبين ما ليس له جرم
وكان الواجب ان يستويا في الحكم اجيب بانه فرق بينهما واخرج الذي لا جرم له بالتعليل وهو قوله عليه السلام فان الارض لهما طهور
اي يزيل نجاستها ونحن نعلم ان الخف اذا اشرب البول او الخمر لا يزيله المسح ولا يخرجه عن اجزاء الجلد وكان اطلاقه مصروفا الى الخف
الذي يقبل الازالة بالمسح وهو ما له جرم والثاني اعني الذي لا جرم له لا يطهر الا بالغسل لانه لا اجزاء تشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقدر
عن ابي يوسف ان ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له واذا جف ودلكه في الارض طهر كالتي لها جرم واذا اصاب الثوب لا يطهر الا
بالغسل لان الثوب لتخلخله اي لكونه غير مكتنز للتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل واما المني اذا اصاب الثوب
فان كان رطبا كان نجسا يجب غسله وان جف على الثوب اجزاء فيه الفرك استحسانا والقياس ان لا يطهر بالفرك لانه دم الا انه نضج فهو
كسائر الدماء والدم لا يطهر الا بالغسل وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم لعايشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان
يابسا وهو حجة على الشافعي رحمه الله في جعله طاهرا استدلالا بحديث ابن عباس رضي الله عنهما انه قال المني كالمخاط فامطه عنك ولو باذخرة
فان قيل اذا استدل الشافعي بحديث ونحن بحديث فما وجه قول المصنف والحجة عليه ما رويناه فالجواب ان وجه ذلك ان حديثه لا يدل
عليه لان قوله كالمخاط لا يقتضي ان يكون طاهرا لجواز ان يكون التشبيه في اللزوجة وقلة التداخل وطهارته بالفرك لجواز ان يكون طاهرا
والامر بالاماطة مع كونه للوجوب يستدعي ان يكون نجسا لان ازالة ما ليس بنجس ليست بواجبة على انه موقوف عليه فلا يصح الاحتجاج وقوله
وقال عليه السلام دليل اخر على نجاسته روي انه صلى الله عليه وسلم مر بعمار ابن ياسر وهو يغسل ثوبه من النخامة فقال عليه السلام ما نخامتك
ودموع عينيك والماء الذي في ركوتك الا سواء انما يغسل الثوب من خمس من البول والغايط والدم والمني والقيء وفي رواية الاسرار والخمر
مكان القيء لا يقال الاستدلال يقتضي غسله رطبا ويابسا ولستم قايلين به فكان متروكا لان حديث عايشة رضي الله عنها معمول
جواز فركه اليابس وهذا المحمل انما يكون المراد به الرطب حملا عليه توفيقا بينهما ولو اصاب المني البدن قال مشايخنا قيل يريد مشايخ ما وراء
النهر يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد لانفصال الثوب عن المني دون البدن وروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يطهر الا بالغسل
لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود ما تشرب منه البدن الى الجرم ولين عاد فانما يطهر بالفرك نفسا والبدن لا يمكن فركه قال والنجاسة اذا
اصابت المراة والنجاسة جسما مكتنز الاجزاء صقيلا كالمراة والسيف والسكين ونحوها اكتفي بمسحه لانه لا تتداخله النجاسة فلا يحتاج الى
الاخراج وما على ظاهره يزول بالمسح ولا فصل في ذلك بين الرطب واليابس والعذرة والبول وذكر في الاصل ان البول والدم لا
يطهر الا بالغسل والعذرة الرطبة كذلك واليابسة تطهر بالحت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد لا تطهر الا بالغسل
والمصنف كانه اختار ما ذكره الكرخي وما ذكر خلاف محمد وهو المختار للفتوى لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يقتلون
الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها ويصلون معها واذا اصابت الارض نجاسة وذهب اثرها وهو اللون والرايحة جازت الصلاة على مكانها
قوله
لا يكنه

قوله بالشمس ليس شرطا في طهارتها وانما وقع اتفاقا فان الارض في العادة تجف بالشمس وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز لان النجاسة
حصلت في المكان والمزيل لم يوجد ولهذا لم يجز التيمم به ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ذكوة الارض يبسها اي طهارتها جفافها اطلاقا
لاسم السبب على المسبب لان الذكوة وهي الذبح سبب الطهارة في الذبيحة وحمل صاحب الاسرار هذا الحديث موقوفا على
عايشة رضي الله عنها وقال واما الذي يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا فقوله ايما ارض جفت فقد ذكت وصاحب المشارق
جعله قول محمد بن الحنفية وللقايل ان يقول معناهما واحد فيجوز ان يكون نقلا بالمعنى فيكون مرفوعا قوله وانما لا يجوز التيمم
جواب عن قولهما ولهذا لا يجوز التيمم به ولان طهارة الصعيد شرط بنص الكتاب قال الله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا فلا يتادى
بما ثبت بخبر الواحد لانه لا يفيد القطع فلا تكون الطهارة قطعية بجفاف الارض والكتاب يقتضي ذلك لانه يفيد القطع فان قلت
البيان قد تقدم ان طهارة المكان ثبتت بقوله تعالى وثيابك فطهر والثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة في كونه قطعيا حتى تثبت
الحدود والكفارات بدليل النصوص فوجب ان لا تجوز الصلاة عليها كما لا يجوز التيمم بها اجيب بان الاية هنا ظنية لان المفسرين
رحمهم الله اختلفوا في تفسيرها فقيل المراد به تطهير الثوب وقيل تقصيره للمنع عن التكبر والخيلاء فان العرب كانوا يجرون اذيالهم
تكبرا او اراد بتطهير النفس عن المعايب والاخلاق الردية واذا كان كذلك كانت ظنية الدلالة ولهذا لم يكفر من انكر اشتراط طهارة الثوب
وهو بعيد فيكون الدلالة كذلك فان قيل فالطيب ايضا يحتمل الطيب والمنبت وعلى الثاني حمله ابو يوسف والشافعي رحمهما الله ولا يجوز
ان يكونا مرادين لعدم عموم المشترك فيكون مأولا وهو الحجة الظنية كالعام فيجب ان يجوز التيمم اجيب بان الاحتمال في الطيب مسلم
لكن الطاهر مراد بالاجماع كما تقدم انما الخلاف في اشتراط الانبات فيكون اشتراط الطهارة قطعيا فلا يتادى بما في طهارته شبهة قوله
٤ قال وقدر الدرهم وما دونه من النجاسة المغلظة النجاسة اما ان تكون غليظة او خفيفة فان كانت غليظة وهي ما ثبتت بدليل مقطوع
به كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار اذا كانت قدر الدرهم جازت الصلاة معه وقوله وما دونه مستغنى عنه وان زاد لم يجز وقال
زفر والشافعي رحمهما الله قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير وهو قوله تعالى وثيابك فطهر لم يفصل بين القليل والكثير قلنا
القليل منها لا يمكن التحرز عنه فان الذباب يقع على النجس ثم على الانسان وكذلك دم البراغيث غير ممكن التحرز فكان في القليل ضرورة وهو
الضرورة مستثناة في دلايل الشرع فجعل عفوا وقدرناه اي القليل بقدر الدرهم يعني ذلك لا يمنع فان زاد عليه منع وهو قول الشعبي
اخذنا به لانه اوسط وكان النخعي يقول اذا بلغت مقدار الدرهم منعت قوله معقول مطلق فقدرناه لان فيه معنى الاخذ فالمراد بقدر
الدرهم موضع خروج الحدث قال النخعي استقبحوا ذكر المقاعد في مجالسهم فكنوا عنه بالدرهم ووجه الاخذ ما قال صاحب الاسرار ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال من استجمر فليوتر ومن لا فلا حرج عليه والاستجمار هو الاستنجاء فثبت ان الاستنجاء غير واجب بالحجارة ولا
حرج في ذلك فعلم انه سقط حكمه لقلة النجاسة وان ذلك القدر عفو وما ثبت ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يكتفون بالاحجار
في الاستنجاء وذلك لا يزيل النجاسة حتى لو جلس المستنجي به في الماء القليل نجسه واكتفاؤهم به دليل على ان القليل من النجاسة عفو ثم
يروى عن محمد رحمه الله اعتبار الدرهم من حيث المساحة حيث قال في النوادر الدرهم هو ما يكون مثل عرض الكف ويروى من حيث الوزن
وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وهو الذي ذكره في كتاب الصلاة فقال الفقيه ابو جعفر يوفق بين قولي محمد
فيقول ان الاولى يعني رواية المساحة في الرقيق منها والثانية يعني رواية الوزن في الكثيف قوله وانما كانت نجاسة هذه الاشياء
يعني المذكورة في اول البحث مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به بالاجماع وقيل التغليظ عند ابي حنيفة رحمه الله ثبتت بنص لا معارض
له وقيل ثبتت بالاجماع وفي الكتاب اشارة الى ذلك وقيل المراد بالدليل القطعي ان يكون سالما من الاسباب الموجبة للتخفيف من تعارض
النصين وتجاذب الاجتهاد والضرورات المحققة وان كانت محققة وهي ما ثبتت بغير مقطوع به كبول ما يوكل لحمه جازت معه حتى يبلغ ربع
الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفة وهو مروي عن محمد ايضا لان التقدير بالكثير الفاحش والكثير الفاحش ما يستكثره الناس
ويستفحشونه والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام كمسح الراس وانكشاف العورة وغيرهما فيلحق به هنا وبالكل يحصل الاستفحاش فكذا
بما قام مقامه ثم اختلف في تفسير الثوب قيل ادنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر وهو مروي عن ابي حنيفة وقريب منه ما قال ابو بكر
الرازي يعتبر السراويل احتياطا لانه اقصر الثياب وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل وهو ما يفهم من قول الرجل فلان يشمر
الذيل والكم والدخريص وعن ابي يوسف شبر في شبر اي شبر طولا وشبر عرضا اخذا من باطن الخفين يعني ما يلي الارض من الخف
كان باطنهما يبلغ شبرا في شبر فيجوز تقدير الكثير الفاحش به وهذا لان النجاسة التي لا جرم لها سقط العبرة في الجفاف لطهارته
بالمسح على قول ابي حنيفة وابي يوسف وروي عن محمد وبالمسح ان زالت العين فلا شك في بقاء الاثر وحيث لم يعتبر ذلك قدر به الكثير الفاحش
كما قدر الدرهم بموضع الاستنجاء حتى سقط اعتبار ما على السبيل من النجاسة وانما كان يعني بول ما يؤكل لحمه مخففا عند ابي
حنيفة وابي يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته على اصل ابي يوسف رحمه الله فان تخفيفها عنده انما ينشأ من سوغ الاجتهاد او لتعارض
النصين على اصل ابي حنيفة رحمه الله فان تخفيفها عنده ينشأ من تعارض النصين وهو معنى قوله على اختلاف الاصلين قال في
النهاية انما اخر اصل ابي حنيفة رعاية لفواصل الالفاظ فانها مما تراعى واري ان تقديمه ما كان ينافي ذلك ولعله من باب الترقي
وثمرة ذلك تظهر في الارواث على ما سنذكره وانما خص الاصل الاول بابي يوسف وان كان اصل محمد ايضا لان الكلام في بول ما يوكل
لحمه وليس بنجس عند محمد فلا هذه المسألة خاصة اصل ابي يوسف وحده فخصصه وبهذا سقط ما اورده صاحب النهاية واذا اصاب

الثوب من الثوب واختار البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند ابي حنيفة رحمه الله لما ذكر في الكتاب وهو اصح وقوله
لان للاجتهاد فيه مساغا لان مالكا رحمه الله يقول بان البول والروث وخثي البقر طاهر ومحمد بن ابي ليلى السرقين لبس قليله وكثيره
لا يمنع لان ذلك وقود اهل الحرمين ولو كانت نجسا ما استعملوها كالعذرة [illegible] ولان فيه ضرورة بيانه ان التخفيف عندهما ثبت
لشي اخر وهو البلوى والضرورة والجواب ان اختلاف العلماء لا يخرج النجاسة عن كونها غليظة لكونها لم يرد نص بخلافها كما ان اختلافا
بنا على الراي وهو لا يعارض النص وكذلك البلوى لا يعتبر في موضع النص الا ترى ان البلوى في بول الحمار اكثر لانه يرشش فيصيب
الثياب ومع ذلك لا يعفى اكثر من قدر الدرهم وكذلك بول الادمي وورد بان الضرورة لو لم يعتبر في مقابلة النص في النجاسة لما قال
ابو حنيفة بخفة نجاسة بول ما يؤكل لانه منصوص عليه بقوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول الحديث واجيب بانه لم يقل بذلك
للضرورة والبلوى بل لتعارض بحديث العرنيين [illegible] بخلاف بول الحمار جواب عما يقال الضرورة في بول الحمار كالضرورة في
ودوته وقد قلتم بتغليظه ووجهه انا لا نسلم ذلك لان الارض تنشفه فلا يبقى على وجه الارض منه شي ملتصق به اما بخلاف الروث والجواب
ان الضرورة انما هي في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى يطهر بالمسح فيكفي مونتها بذلك التخفيف في نجاستها ثابتا لكان للروث
بالعذرة فان الحكم فيها لذلك بالاتفاق ولا فرقا بين ماكول اللحم وغيره عند العلماء الثلاثة [illegible] زفر رحمه الله فرق بينهما فوافق ابا حنيفة رحمه
الله في غير الماكول ووافقهما في الماكول فانه قاس الخارج من احد السبيلين بالخارج من السبيل الاخر والخارج من السبيل الاخر وهو البول
تختلف باختلاف كونه ماكول اللحم وغيره فكذلك الخارج من هذا السبيل [illegible] وعن محمد طاهر [illegible] وقاسوا عليه طين بخارا يعني
قال المشايخ لا يكون الكثير الفاحش منه مانعا وان كان مختلطا بالعذرات وعند ذلك اي عند دخوله في الري رجوعه عن الرواية
المشهورة عنه في الخف انه لا يطهر بالدلك بالارض يروى قال وان اصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله موضع هذه المسالة على اصله في بول ما يؤكل لحمه فان الفرس ماكول عندهما وبول ما يؤكل لحمه نجس نجاسة مخففة عند ابي يوسف لا يمنع
حتى يفحش وطاهر عند محمد لا يمنع وان فحش واما ابو حنيفة رحمه الله فانه حرم اكله وجعل بوله نجسا مخففا لتعارض الاثار وهو حديث
العرنيين وقوله عليه السلام استنزهوا البول الحديث واعترض بان التعارض انما يتحقق اذا جهل التاريخ وفي حديث العرنيين دلالة
التقدم لان فيه المثلة فيكون منسوخا ولا تعارض بين الناسخ والمنسوخ سلمنا ان فيها تعارضا ولكنه في بول ما يؤكل لحمه والفرس عنده
غير ماكول والكراهة فيه كراهة تحريم فيكون بوله نجسا مغلظا واجيب عن الاول بان الدلالة دون العبارة وفي عبارته تعارض فترجح
جانب العبارة وتحقق التعارض وهو فاسد لان اشتمال القصة على المثلة تدل على ان العبارة منسوخة فلا تعارض ولان
انفساخ المثلة لا يدل على انفساخ طهارة بول ما يؤكل لحمه لانهما حكمان مختلفان فلا يلزم من انفساخ احدهما انفساخ الاخر وهو ايضا
فاسد لان حديث العرنيين الدال على طهارة بول ما يؤكل لحمه اما ان يكون منسوخا اولا فان كان الاول انتفى التعارض وان كان الثاني
لم يثبت نجاسة بول ما يؤكل لحمه بقوله عليه السلام استنزهوا البول عنده والامر بخلافه وعن الثاني بان حرمة لحم الفرس عنده لم يكن للنجاسة
بل تحرزا عن تقليل مادة الجهاد وكان لحمه طاهرا عنده ولهذا قال بطهارة سوره وهذا يلزم منه الانقطاع لان اول الكلام كان مبنيا
على ان بول ماكول اللحم عنده نجس تغليظا فاذا اورد عليه ما ذكر قيده بكون الحرمة للنجاسة وقد عرف بطلان ذلك في اصول الفقه ولصعوبة
التفصي عن عهدة هذا المقام ذهب بعض المحققين الى ان المراد بتعارض الاثار التعارض في لحمه فانه روي انه صلى الله عليه وسلم
نهى عن لحوم الخيل والبغال وروي انه صلى الله عليه وسلم اذن في لحوم الخيل وهذا يوجب التخفيف في بوله لانه ماكول من وجه فلا
يكون كبول الكلب والحمار والكلام فيه كالكلام فيما قبله لان المسح مسوغ كما في الحمار فان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور كالصقر
والبازي والحداة اجزأت الصلاة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجزئ وقد قيل ان الاختلاف في النجاسة يعني انه طاهر عندهما
وهو المنقول عن الكرخي ونجس عند محمد كالنحو وقيل في المقدار يعني انه نجس بالاتفاق لكنه خفيف عند ابي حنيفة تغليظ عند
وهو المنقول عن ابي جعفر الهندواني ومنهم من لفظ المصنف ان ابا يوسف مع ابي حنيفة في الروايات جميعها هكذا ذكره فخر الاسلام
في الجامع الصغير وهو خلاف ما في المنظومة والمستصفى فان فيهما ان ابا يوسف مع ابي حنيفة على رواية الكرخي ومع محمد على رواية الهندواني
[illegible] هو بقول التخفيف للضرورة على طريقة الهداية وفخر الاسلام وهو ظاهر ولو وقع في الماء قيل يفسده لامكان صون الاواني عنه وبه اخذ
ابو بكر الاعمش وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه وبه اخذ الكرخي وان اصابه من دم السمك طاهر [illegible] ليس بدم على التحقيق لان الدم في
التحقيق يسود اذا شمس ودم السمك اذا شمس يبيض ولهذا يحل تناوله من غير ذكاة وروى المعلى عن ابي يوسف انه اعتبر الكثير الفاحش فان انتضح
عليه البول مثل رؤوس الابر فذلك ليس بشي اي بشي يوجب الغسل على المصلي لانه لا يستطاع عنه الامتناع لا سيما في مهب الريح وقد سئل ابن عباس
رضي الله عنهما عن ذلك فقال انا نرجو من عفو الله اوسع من هذا وعن ابي جعفر الهندواني ان قول محمد مثل رؤوس الابر دليل على ان الجانب الاخر
منها لا يعتبر وغيره من المشايخ قالوا بل لا يعتبر الجانبان جميعا ماقالوا لدفع الحرج قال والنجاسة ضربان الظاهر ومرئية وان بين النوعين والاثنا
وذلك لان النجاسة بعد الجفاف اما ان يكون متجسدة كالغايط والدم او غير مرئية كالبول ونحوه وطهارة الاولى زوال عينها من غير اثر الحد
فيه لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها الا ان يبقى من اثرها لونه او رائحته ما يشق ازالته بلا احتياج الى الازالة الى غير
الماء كالصابون والاشنان فان ذلك لا يمنع الجواز وهو استثناء العرض من العين وهو العين فيكون منقطعا والاصل في ذلك ان ازالة
مثل ذلك حرج وهو موضوع وفيه اشاره الى ان عينها ان زالت بمرة واحدة لا يحتاج الى غسل بعده [illegible] فيه كلام اي اختلاف المشايخ كان
ابو

كان ابو جعفر يقول بعد زوال عين النجاسة يغسل مرتين لانه التحق بغير مرئية غسل مرة فتغسل مرتين وطهارة الثانية ان تغسل حتى يغلب
على ظن الغاسل انه قد طهر وكلامه ظاهر [illegible] ويتايد ذلك بحديث المستيقظ من منامه فانه ذكر فيه حتى يغسلها ثلاثا وقد تقدم وقوله
في ظاهر الرواية احترازا عما روي عن محمد في غير رواية الاصول اذا غسل ثلاث مرات في عصر فالمرة الثالثة تطهر وفي غير رواية الاصول
ايضا انه يكتفي بالغسل مرة وهذا فيما ينعصر بالعصر اما في غيره كالحصير مثلا فان ابا يوسف يقول تغسل ثلاثا وتجفف في كل مرة فتطهر لان
للتخفيف اثرا في استخراج النجاسة فيقوم مقام العصر اذ الطريق سواء والحصير موضوع ومحمد يقول لا يطهر ابدا لان الطهارة بالعصر
وهو مما لا ينعصر [illegible] قيل لم يذكر محمد الاستنجاء عند ذكر سنن الوضوء وان كان من اقوى سننه لانه اراد بهذا
الوضوء الوضوء عن النوم لا عن البول والغايط والاستنجاء بعد الوضوء ليس من سننه وانما قلنا ذلك لان الله تعالى بدا بالوضوء عن النوم وهذا
جاء عن بعض الصحابة فانه كان يقرا يا ايها الذين امنوا اذا قمتم من مضاجعكم الى الصلاة وقوال انما ذكره ههنا لان الاستنجاء ازالة النجاسة العينية
فذكره هنا انسب وفي المغرب نجا وانجى اذا احدث واصله من النجوة وهو المكان المرتفع لانه يستتر بها وقت قضاء الحاجة ثم قالوا استنجى
اذا مسح موضع النجو وهو ما يخرج من البطن او غسله وهو سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه والمواظبة مع الترك دليل السنية ويجوز
وما يقوم مقامه من المدر والعود والقطن وغيرها في التنقية وكيفيته ان يمسح الموضع حتى ينقيه لان ازالة هو المقصود وليس فيه عدد مسنون
وقال الشافعي لا بد من التثليث لقوله عليه السلام في حديث ابي ايوب الانصاري رضي الله عنه وليستنج بثلاثة احجار امر والامر للوجوب
فالحديث يدل على وجوبه بكيفية معلومة ولنا ما روى ابو هريرة رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن
ومن لا فلا حرج نفى الحرج عمن ترك الاستنجاء اصلا فدل ذلك انه لا يفترض وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلاثة احرف جاز
بالاجماع فلا يصح الاستدلال به ويحمل الامر على الاستحباب توفيقا بين الحديثين وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان
يتطهروا انزلت في اقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء يعني اهل قبا [illegible] ثم هو اي غسله بالماء ادب لان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان يستنجي بالماء مرة ويترك اخرى وهذا حد الادب وقيل هو سنة في زماننا هكذا روي عن الحسن البصري وقوله الا اذا كان موسوسا لكن
والوسوسة حديث النفس وانما [illegible] موسوس لانه يحدث بما في ضميره فيقدر بالثلاث في حقه كما في غير المرتبة لان البول غير مرئي والغايط
لا يراه المستنجي وكان بمنزلة البول [illegible] بالسبع اعتبارا بالحدث الذي ورد في ولوغ الكلب [illegible] ولو جاوزت النجاسة مخرجها بان تتلطخ
نفسه وما حوله من موضع المسح لم تجز الا بالماء وفي بعض نسخ المختصر الا بالمايع وقوله هذا يعني قوله الا بالماء والا بالمايع محقق اختلاف الروايتين
في تطهير العضو بغير الماء يعني ان قوله الا بالماء يدل على ان ازالة النجس الحقيقي عن البدن لا يجوز الا بالماء وقوله الا بالمايع يدل على ان ازالته
تجوز بالمايع الذي به يمكن ازالة النجاسة وقوله على ما بيناه اي في اول باب الانجاس وقوله وهذا اي الذي قلنا من اشتراط المايع
اذا جاوزت النجاسة مخرجها لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء بالضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا
يتعدى الى غيرها فلا يجوز الا بالماء والمايع وقوله ثم يعتبر المقدار المايع طاهر وقوله اعتبارا بساير المواضع يعني ان في ساير المواضع قدر
الدرهم عفو فاذا زاد عليه يكون مانعا فكذا في موضع الاستنجاء والباقي ظاهر الى اخره والله اعلم بالصواب

قد تقدم في اول الكتاب وجه تقديم الصلاة على ساير المشروعات بعد الايمان وهي في اللغة عبارة عن الدعاء وفي الشريعة عبارة عن الاركان
المعهودة والافعال المخصوصة وسميت بالصلاة لاشتمالها على المعنى اللغوي فهو من المنقولات الشرعية وسبب وجوبها اوقاتها والامر طلب
اداء ما وجب في الذمة بسبب الوقت وقد ذكرنا وجه ذلك في التقرير وشرايطها الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والوقت والنية
وتكبيرة الافتتاح فان قيل جعلت الوقت سببا فكيف يكون شرطا قلت هو سبب للوجوب وشرط للاداء واركانها القيام والقراءة
والركوع والسجود والقعدة الاخيرة مقدار التشهد وحكمها سقوط الواجب بالاداء في الدنيا ونيل الثواب الموعود في الاخرة وهي
فريضة قاية وشريعة ثابتة عرفت فرضيتها بالكتاب من قوله تعالى واقيموا الصلاة وقوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة
الوسطى فانه يدل على فرضيتها وعلى كونها خمسا لانه امر بحفظ جمع من الصلوات وعطف عليها الصلاة الوسطى واقل جمع يتصور
معه الوسطى هو الاربع وبالسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام ان الله فرض على كل مسلم ومسلمة في كل يوم وليلة خمس صلوات وهو من
المشاهير وبالاجماع فقد اجمع الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على فرضيتها من غير نكير منكر ولا رد راد فمن انكر
شرعيتها كفر بلا خلاف باب المواقيت المواقيت جمع ميقات والميقات ما وقت به اي قدر من زمان كمواقيت الصلوات او مكان
كمواقيت الاحرام وانما ابتدا ببيان الوقت لانه سبب للوجوب وشرط الاداء فكان له جهتان في التقديم وقدم منها وقت الفجر لانه
متفق عليه في اوله واخره ولان صلاة الفجر اول من صلاها ادم عليه السلام حين اهبط من الجنة الى الارض واظلم عليه الدنيا وجن
الليل ولم يكن يرى قبل ذلك فخاف خوفا شديدا فلما انشق الفجر صلى ركعتين شكرا لله تعالى الركعة الاولى للنجاة من ظلمة الليل
والثانية شكرا لرجوع ضوء النهار وكان ذلك سبب كونها ركعتين وفرضت علينا فلما كانت اولى صلاة صلاها الانسي قدمها في الذكر واول
وقتها اذا طلع الفجر الثاني اي الفجر الصادق وهو البياض المنتشر في الافق احترازا به عن الفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو
في السماء ويعقبه الظلام وتسميه العرب ذنب السرحان واخر وقتها ما لم تطلع الشمس قيل هذا من قبيل اطلاق اسم الكل على الجزء لان قوله
ما لم تطلع يتناول من قبل طلوع الفجر الى طلوع الشمس وليس بمراد بل المراد جزء قبل طلوع الشمس وهو جزء من جميع الوقت وحديث جبريل
عليه السلام وهو ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال امني جبريل عليه السلام عند البيت مرتين

صلى بي الظهر في اليوم الاول حين زالت الشمس وصار الفيء مثل الشراك وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثله وصلى بي المغرب
حين غابت الشمس وصلى بي العشاء حين غاب الشفق وصلى بي الصبح حين طلع الفجر وصلى بي الظهر في اليوم الثاني حين زالت
الشمس وصار ظل كل شيء مثله وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثليه وصلى بي المغرب حين غربت الشمس لوقته بالامس وصلى
بي العشاء حين مضى ثلث الليل او قال نصف الليل وصلى الفجر حين طلع الفجر واسفر وكادت الشمس ان تطلع ثم قال يا محمد هذا
وقتك ووقت الانبياء من قبلك والوقت ما بين هذين الوقتين واعترض بان قوله ما بين هذين الوقتين يقتضي الا يكون الاول
والاخر وقتا وذلك خلاف الخط واجيب بانه لو اقتضى ذلك كان الصلاة فيهما واقعة في غير الوقت فلم يكن تعليما للوقت واما
معناه ليس الوقت منحصرا فيهما بل ما فعلنا بيان للطرفين وما بينهما وقت ايضا فكان الفعل بيانا للطرفين والقول لما بينهما وقوله
فلا معتبر بالفجر الكاذب ظاهر وقوله اذا زالت الشمس ... ما قيل في معرفة الزوال قول محمد بن شجاع انه يغرز خشبة في مكان مستو
ويجعل على مبلغ الظل منه علامة فما دام الظل ينقص من الخط فهو قبل الزوال فاذا وقف لا يزداد ولا ينقص فهو ساعة الزوال
التي هي عبارة في الزوال واذا اخذ الظل في الزيادة فقد علم ان الشمس قد زالت كذا في المبسوط وفي المحيط فاذا اخذ الظل في الزيادة
فالشمس قد ... الخط على راس موضع الزيادة فيكون من راس الخط الى العود في الزوال ثم هو مختلف باختلاف الامكنة والاوقات
حتى قيل انه في اطول ايام السنة لا يبقى بمكة في ذلك الوقت ظل على الارض وكذا بالمدينة تاخذ الشمس الحيطان الاربعة وذلك الفيء غير
معتبر في التقدير بالظل بل المعتبر ما سواه وقوله واخر وقتها عند ابي حنيفة اذا صار ظل كل شيء مثليه اعلم ان الروايات عن ابي
حنيفة رحمه الله اختلف في اخر وقت الظهر روى محمد عنه اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وهو
الذي عليه ابو حنيفة وروى الحسن بن زياد عنه اذا صار ظل كل شيء مثله سواه خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وبه اخذ ابو يوسف
ومحمد وزفر والشافعي رحمهم الله وروى اسد بن عمرو عنه اذا صار ظل كل شيء مثله سواه خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر
حتى يصير ظل كل شيء مثليه وعلى هذا يكون بين الظهر والعصر وقت مهمل كما بين الظهر والفجر قال الكرخي ولهذا ... الروايات اي
موافقته الظاهر للاخبار وقوله اخر الوقت اذا صار ظل كل شيء مثليه فيه تسامح لان اخر الشيء منه واذا صار ظل كل شيء مثليه خرج وقت
الظهر عنه وكذا اذا صار مثله عندهما الا ترى ان ما في المنظومة والعصر حين المرتقي ظل صار مثليه وقالا مثله وتاويله اخر الوقت الذي
يتحقق عنده خروج الظهر بدليل قوله فيما بعد خطوطه واخر وقت المغرب حين يغيب الشفق يتحقق الخروج وقوله لما امه جبريل اختلف
نسخ الهداية فيه ففي بعضها في اليوم الاول اي امامته للعصر في اليوم الاول في هذا الوقت وفي بعضها في اليوم الثاني اي امامته
للظهر وفي بعضها امامته للعصر في اليوم الثاني في هذا الوقت اي الوقت الذي جعله ابو حنيفة وقت الظهر وهذا ما اذا صار ظل
كل شيء مثليه وقوله عليه السلام اي ما روى ابو سعيد رضي الله عنه ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم اي ادخلوا بالصلاة
في البرد يعني صلوا ما اذا سكنت شدة الحر وقوله من فيح جهنم اي من شدة حرها وانتشار الحر في ديارهم كان في هذا الوقت يعني اذا صار
ظل كل شيء مثله وهذا معارض لحديث امامة جبريل عليه السلام لان في امامته عليه السلام في صلاة العصر في اليوم الاول فيما اذا صار ظل
كل شيء مثله دلت على خروج الظهر فالامر بالابراد بالظهر دل على عدم خروجه لان شدة الحر في ديارهم كان في ذلك الوقت واذا تعارضت الاثار
لا ينقضي الوقت الثابت بيقين بالشك قيل اول من صلى بعد الزوال ابراهيم عليه السلام حين امر بذبح الولد صلى اربعا الاولى شكرا
لذهاب غم الولد والثانية شكرا لنزول الفداء والثالثة شكرا لرضى الله تعالى حين نودي قد صدقت الرؤيا والرابعة لصبر ولده على
مرة الذبح وكان ذلك منه تطوعا وقد فرض علينا وقوله واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين اي قول ابي حنيفة على
الرواية المشهورة عنه وقول صاحبيه فعنده اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال دخل وقت العصر وعندهما اذا صار ظل كل شيء
مثله واخر وقتها وقت غروب الشمس لقوله صلى الله عليه وسلم من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها ذكره في الصحيحين
قيل واول من صلى العصر يونس عليه السلام حين نجاه الله تعالى من اربع ظلمات وقت العصر ظلمة الزلة وظلمة الليل وظلمة الماء وظلمة
بطن الحوت فصلاها شكرا تطوعا وامرنا بها واول وقت المغرب اذا غربت الشمس واخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رحمه الله
وقت المغرب مقدار ما يصلي فيه ثلاث ركعات وهو احد قوليه قال الغزالي في وقت المغرب قولان احدهما انه يمتد الى غروب الشفق
واليه ذهب احمد بن حنبل والثاني انه اذا ذهب بعد المغرب وقت وضوء واذان واقامة وقدر خمس ركعات فقد انقضى الوقت وقال
في الحلية قدر ثلاث ركعات وعلى هذا ما ذكره المصنف من جهته ليس بكاف واستدل بامامة جبريل في اليومين في وقت واحد وذلك
لانه كان يعلم اول الوقت واخره ولنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه اول المغرب حين تغرب الشمس وما رواه من امامة جبريل في اليومين
في وقت واحد كان للتحرز عن الكراهية لان تاخير المغرب الى اخر الوقت مكروه ثم اختلف العلماء في الشفق فقال ابو حنيفة رحمه الله هو
البياض في الافق بعد الحمرة وهو قول ابي بكر ومعاذ وانس وابن الزبير رضي الله عنهم وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة
رواه اسد بن عمرو وهو قول ابن عمر وشداد بن اوس وعبادة ابن الصامت رضي الله عنهم وبه اخذ الشافعي واستدلا بقوله عليه السلام
الشفق هو الحمرة ولابي حنيفة رضي الله عنه ما رواه ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال واخر وقت المغرب
اذا اسود الافق ولا يحصل اسوداد الافق الا بعد زوال البياض وما رواه يعني قوله عليه السلام الشفق هو الحمرة موقوف على ابن عمر
رضي الله عنه ذكره في الموطا والموقوف لا يصلح حجة فيه اي في الشفق اختلاف الصحابة كما ذكرنا قيل معنى كلامه ان التمسك بالحديث
فيما

فيما اختلف الصحابة لا يجوز لان عدم التمسك به او عدم القبول دليل انقطاعه فكيف يجوز التمسك في ذلك بالموقوف وفيه نظر لانه حينئذ
مشترك الالزام قيل وقيل اول من صلى المغرب شكرا تطوعا عيسى عليه السلام حين خاطبه الله تعالى بقوله أانت قلت للناس اتخذوني
الاية وكان ذلك بعد غروب الشمس فالاولى لنفي الالوهية عن نفسه والثانية لنفيها عن والدته والثالثة لاثباتها لله وفيه نظر واول وقت
العشاء اذا غاب الشفق واخر وقتها ما لم يطلع الفجر لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اخر وقت العشاء حين يطلع
الفجر قال المصنف وهو حجة على الشافعي رحمه الله في تقديره بذهاب ثلث الليل ووجه ذلك انه يدل على قيام الوقت الى الفجر وحديث
امامة جبريل عليه السلام يدل على ان اخر الوقت هو ثلث الليل فتعارضا واذا تعارضت الاثار لا ينقضي الوقت الثابت بيقين بالشك
كما تقدم او نقول امامة جبريل عليه السلام لم يكن لنفي ما وراء وقت الامامة عن وقت الصلاة بل لاثبات ما كان فيه الا ترى انه عليه السلام
في اليوم الثاني حين اسفر الوقت بقي بعده الى طلوع الشمس واذا لم يكن للنفي بقي ما رويناه سالما عن المعارض فيكون حجة قيل واول من
صلى العشاء موسى عليه السلام حين خرج من مدين وضل الطريق وكان في غم اهله وغم اخيه هارون وغم عدوه فرعون وغم اولاده فلما انجاه الله تعالى من
ذلك كله ونودي من شاطئ الوادي صلى اربعا تطوعا وامرنا بذلك وهذه الاقوال التي ذكرتها عقيب كل صلاة وجدتها في شرح شيخي
العلامة قوام الدين الكاكي رحمه الله منقولة عن ابي الفضل مع زيادات فلعلها مختصره واول وقت الوتر بعد العشاء واخره
ما لم يطلع الفجر عندهما لقوله صلى الله عليه وسلم صلوها ما بين طلوع العشاء الى طلوع الفجر وعند ابي حنيفة رحمه الله وقته وقت العشاء
لان الوتر عنده فرض عملا والوقت اذا جمع صلاتين واجبتين كان وقتا لهما جميعا كالفائتة والوقتية فان قيل لو كان وقت الوتر
وقت العشاء لجاز تقديمه على العشاء اجاب بقوله الا انه لا يقدم عليه عند التذكر يعني اذا لم يكن ناسيا للترتيب وعلى هذا اذا اوتر
قبل العشاء متعمدا اعاد الوتر بلا خلاف وان اوتر ناسيا للعشاء ثم تذكر لا يعيده عنده لان النسيان يسقط الترتيب ويعيده
عندهما لانه سنة العشاء كركعتي العشاء ولو قدم الركعتين على العشاء لم يجز عامدا كان او ناسيا فكذلك الوتر ... لما
فرغ عن ذكر مطلق الاوقات شرع في بيان الكامل منها والناقص وجعل لكل فصلا على حدة وقدم الاوقات المستحبة على المكروهة
ووجه ذلك ظاهر ويستحب الاسفار بالفجر اسفر الصبح اضاء ومنه اسفر بالصلاة اذا صلاها بالاسفار والبا للتعدية وقوله ويستحب
الاسفار بالفجر احسن الصحيح باطلاقه يدل على ان البداءة والختم بالاسفار هو المستحب وهو ظاهر الرواية وقال الطحاوي يبدا
بالتغليس ويختم بالاسفار ويجمع بينهما بتطويل القراءة ووجه الظاهر قوله صلى الله عليه وسلم اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وجه الاسفار
ان يبدا بالصلاة بعد انتشار البياض بقراءة مسنونة فان ظهر له حاجة الى الوضوء بعد الصلاة امكنه ان يتوضا ويصلي الفجر
قبل طلوع الشمس وقال الشافعي رحمه الله يستحب التعجيل وهو ان يكون الاداء في النصف الاول في كل صلاة واستدل بما قالت عائشة رضي
الله عنها كانت النساء ينصرفن من الصلاة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن متلفعات بمروطهن ما يعرفن من شدة الغلس قال
المصنف والحجة عليه ما رويناه يعني من حديث رافع ابن خديج وهو قوله عليه السلام اسفروا بالفجر الحديث وذلك لانه امر بذلك واقله
الندب وما رواه حكاية فعل لا يعادل ما قاله عليه السلام وقوله وما ترويه اشارة الى قوله واذا كان بالصيف ابرد بها وذلك لانه
يدعي التعجيل في كل صلاة فاذا ثبت التاخير في البعض كان حجة عليه وقوله والابراد بالظهر عطف على قوله والاسفار بالفجر وقوله
لما روينا يعني ما روي قبيل هذا الفصل من قوله صلى الله عليه وسلم ابردوا بالظهر فان شدة الحر الحديث فقوله لما رويناه متعلق
بقوله والابراد بالظهر وقوله ولرواية انس كان النبي عليه السلام اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها
متعلق بالمسالتين جميعا وتاخير العصر في الصيف وفي الشتاء ما لم تتغير الشمس لما في التاخير من تكثير النوافل لكراهتها بعد العصر ولهذا
كان تاخير المغرب افضل لان اداء النافلة قبلها مكروه وتكثير النوافل افضل من المبادرة الى الاداء اول الوقت والمعتبر تغير القرص تعجيلها
وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين اي يذهب الضوء فلا يحصل للبصر للناظر اليه حيرة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول سفيان
وابراهيم النخعي ان المعتبر تغير الضوء الذي يقع على الجدران قال شمس الائمة اخذنا بقول الشعبي وهو تغير القرص لان تغير الضوء
يحصل بعد الزوال ... تغير القرص وهو ما اذا قيل قامت الشمس قدر رمح لم يتغير واذا كان اقل من ذلك تغيرت وما قيل يوضع
طست ماء في الصحراء وينظر فيه فان كان القرص يبدو للناظرين فقد تغيرت وكان قوله هو الصحيح لبيان ان تغير القرص بهذا التفسير
وهو الصحيح وتعبير الضوء وتغير القرص بالتفسير الاخيرين ليس بصحيح والتاخير اليه الى هذا الوقت مكروه لانه مامور بالفعل ولا يستقيم
اثبات الكراهة للشيء مع الامر به ويستحب ان يعجل المغرب لان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وفيه نظر لان كل ما لا يكون تاخيرها
مكروها لا يستلزم ان يكون تعجيلها مستحبا لجواز ان يكون مباحا الا ترى ان تاخير العشاء الى النصف الاخير مكروه ولا يلزم من تركه
الاستحباب لان التاخير الى نصف الليل مباح على ما سيجيء والجواب ان التاخير مكروه لما فيه من التشبه باليهود وما فيه التشبه
باليهود فتركه مستحب فان الاباحة فيه قد تفضي الى المسامحة وما ذكر في النهاية وغيره في جواب هذا السؤال مبني على امر الضدين او المتضادين
لا يلتفي فلينا ملوه وقال صلى الله عليه وسلم ما تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء دليل منقول على استحباب تعجيل المغرب
معناه لا تزال امتي بخير مدة تعجيلهم المغرب ووجه التمسك ان الشرع رتب استمرار الخير على تعجيل المغرب والمباح لا يترتب عليه فقد خير شرعي
واعترض على المصنف في تاخير الحديث على الدليل العقلي واجيب بانه فعل ذلك لان الحديث فيه دلالة على تاخير العشاء فكره الفصل
بينه وبين المدلول بدليل عقلي وليس بطائل فان قلت روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرا سورة الاعراف في صلاة المغرب وذلك

يدل على ان التاخير ليس بمكروه اجيب بان ذلك ليس مما نحن فيه فان كلامنا فيما اذا اخر الى وقت الكراهة ثم شرع والذي فعله رسول الله صلى
الله عليه وسلم كان من باب المد والمد من اول الوقت الى اخره معفو وبه بطل استدلال عيسى بن ابان على جواز التاخير ويستحب تاخير العشاء
الى ثلث الليل وطولب بالفرق بينه وبين قوله عليه السلام لولا ان اشق على امتي لامرتهم بالسواك فانهما على نهج واحد وذلك اثبت
السنة وهذا اثبت الاستحباب واجيب بانا لا نسلم انهما على نهج واحد بل في حديث السواك ينبغي الامر لمكان المشقة فاذا انتفى
الامر به وكان مقتضاه الوجوب ثبت ما دون الوجوب وهو السنة وفيما نحن فيه المنتفي المانع هو التاخير ونفس التاخير لم يكن للوجوب
بل للندب والاستحباب ولان فيه اي في التاخير قطع السمر المنهي بعده والسمر حديث الليل المؤانسة وقال عليه السلام لا سمر بعد
العشاء والمعنى فيه ان يكون اختتام الصحيفة بالعبادة كما جعل ابتداء الصحيفة بها ليمحى ما حصل بينهما من الزلات قال الله تعالى
ان الحسنات يذهبن السيآت وقوله وقيل في الصيف يعجل يعني يستحب تاخير العشاء الى ثلث الليل شتاء وصيفا وقيل في الصيف يعجل لئلا
يتقلل الجماعة والتاخير الى نصف الليل يعني في الشتاء والصيف قال في النهاية في الشتاء وفيه نظر لانه لو كان ذلك لكان في الصيف
مكروها وليس كذلك لان دليل الاباحة وهو ما ذكره بقوله لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر
بواحدة اي بالكلية فتساقطا بينهما فتثبت الاباحة فيها والى النصف الاخير مكروه بما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله اي قبل النصف
الاخير يعني ان الاباحة في الى النصف الاول انما تثبت لمعارضه دليل الندب وهو قطع السمر دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة وفي النصف
الاخير لم يوجد دليل الندب اصلا لانقطاع السمر من قبل لان الغالب ان لا يكون في النصف الاخير سمر فتثبت الكراهة لبقاء دليلها سالما
عن المعارض واعترض بتعجيل الفجر في اول الوقت فانه مباح ودليل الكراهة وهو تقليل الجماعة سالم عن معارضه دليل الندب
واجيب بان المعارض هناك موجود ايضا وهو قوله تعالى وسارعوا الى مغفرة من ربكم فان المسارعة الى العبادة يعد وجود
السبب مندوب اليها ولم يكن في التاخير معنى تكثير الجماعة فكان فيه تعارض دليل الندب وهو المسارعة الى العبادة مع دليل الكراهة
وهو تقليل الجماعة فتثبت الكراهة لذلك بخلاف تاخير العشاء الى النصف الاخير فان دليل كراهته سالم عن معارضة دليل الندب
اصلا لانه ليس فيه المسارعة الى العبادة ولا تكثير الجماعة ولا قطع السمر لانقطاعه قبله ويستحب في الوتر لمن يالف الصلاة
(وفي اخر) الصلاة بالنصف وتقديره ان تؤخر اخر الصلاة فيكون طرفا وروي مرفوعا وهو منقول فاقيم مقامه على
يستحب وفي بعض النسخ ويستحب لمن يالف صلاة الليل تاخيره الى اخر الليل فان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم وهو ظاهر
وقوله فاذا كان يوم غيم معنى هذا الذي قلنا من بيان الاستحباب فيما اذا كانت السماء مصحية فاما اذا كانت متغيمة فالضابط
الغيم مع العين يعني كلما فيه عين يعجل كالعصر والعشاء وما عداهما كالفجر والظهر والمغرب يؤخر اما وجه تعجيل العصر والعشاء فما
ذكره في الكتاب وكذلك وجه تاخير الفجر وقوله لان المدة مديدة يعني ان ما بين التنوير وطلوع الشمس مدة مديدة فيؤمن ان
يقع الاداء وقت طلوع الشمس واما تاخير الظهر فلانه لو عجل في يوم الغيم لم يؤمن ان يقع قبل الوقت وكذلك تاخير المغرب
وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله التاخير في الكل لما ذكر في الكتاب فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلاة لما فرغ من بيان
احد قسمي الوقت شرع في بيان القسم الاخر ولقب الاصل بما يكره مع ان فيه ذكر ما لا يجوز فيه الصلاة اعتبارا للغالب قوله لا تجوز الصلاة
اعلم ان الصلوات الفرايض لا تجوز عندنا في هذه الاوقات وكذا النوافل في بعض الروايات وعند الشافعي رحمه الله يجوز الفرض في
هذه الاوقات في جميع البلدان ويجوز النوافل عنده فيها بمكة فقوله لا تجوز الصلاة ان اراد بها الفرض والنفل جميعا بجعل الالف
واللام للجنس لزمه ان لا يجوز النفل واذا لم يجز فان شرع فيه وافسده لم يجب عليه قضاء لكن يجب عليه قضاؤه وذكر شمس
الائمة في اصوله بلا ذكر خلاف والتمرتاشي في الجامع الصغير عند ابي حنيفة وابي يوسف وان اراد به الفرض وحده وان النفل
جايز مكروه لم يستقم جعل الحديث حجة على الشافعي في تجويزه النوافل وصاحب النهاية جعل اللام للجنس منهما ولا للفرض والنفل
واجاب عن ورود النفل ووجوب قضائه بالشروع بان معنى قوله لا يجوز فعله شرعا واما لو شرع لزمه كما يقول لا يجوز مباشرة
البيع الفاسد اما لو باشر وقبض المبيع ثبت الملك ويلزم عليه ان يكون عدم الجواز في الفرايض بمعنى وفي النوافل بمعنى اخر
فانه يجعله فيهما من قبيل نفي العبح لمعنى في غيره مجاورة جميعا وذلك يقتضي الكراهية كما عرف في اصول الفقه وغيره
جعل اللام لنوع مخصوص وهو الفرض وقال نفي لو صلى النوافل في الاوقات المكروهة جاز ويكره ونقل ذلك عن الكرخي
والاسبيجابي ويلزمه ان لا يكون جعل الحديث حجة على الشافعي مستقيما كما ذكرنا انفا لا يقال المراد بالصلاة الفرض والنفل
جميعا والدليل يجوز ان يكون اعم من المذكورة لانا نقول ان كان المراد بالنفي عدم الجواز في الفرض والنفل جميعا لزم عليه ما نقله
عن الكرخي والاسبيجابي وان كان الجواز مع الكراهة فيهما لم يكن الحديث حجة لنا على الشافعي الا اذا ثبت ان اصحابنا يقولون
بالجواز مع الكراهة فيها وهو يقول بالجواز بلا كراهية ولم اطلع على ذلك فيما وجدته من النسخ وان كان عدم الجواز في
الفرض والجواز مع الكراهية في النفل لزم استعمال معنى اللفظ الواحد مرادين لا على سبيل الكناية وهو غير جايز واري ان
المراد بعدم الجواز في الفرض والنفل على بعض الروايات كما ذكرنا ولا يلزم ما نقل عن الكرخي والاسبيجابي لانه اختيار خلافه
والله اعلم واذا اظهر لك ما قررنا تبين ان النسخة الصحيحة هو ان يقال حجة على الشافعي في تخصيص الفرايض ولانه هو الذي يفيد
ما ذكرنا من مذهبه وان كان فيه اطلاق دون ما علله وهو ما وقع في بعضها من قوله في تخصيص الفرايض والنوافل بمكة
وفي

وفي بعضها لم يذكر النوافل حجة ان الشافعي رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة او نسيها فليصلها اذا ذكرها فان
ذلك وقتها وهو مطلق وفي تخصيص مكة ما روى ابو ذر رضي الله عنه عن الصلاة في هذه الاوقات منفردا الا بمكة
والجواب عن الاول ان المبيح والحاظر اذا تعارضا جعل الحاظر متاخرا وقد عرف في الاصول وعن الثاني ان هذه الزيادة لم تثبت
لانها شاذة او ان معناه ولا بمكة كما في قوله تعالى الا خطأ ثم اختلف العلماء في الارتفاع الذي تحصل الصلاة عنده قال في الاصل
اذا ارتفعت الشمس قدر رمح او رمحين قال الفضلي ما دام الانسان يقدر على النظر الى قرص الشمس فالشمس في الطلوع فلا تصح الصلاة
فاذا عجز عن النظر حلت وقوله حتى تنتصف والغروب يعني ما قيل التخصيص بالثلاثة يفيد الانحصار وقد ذكر الاصحاب غيرها
من الاوقات ما يكره فيها الصلاة وذلك يستلزم ابطال العدد المنصوص عليه شرعا واجيب بان غيرها ليس بمعناها لانه يجوز قضاء
الفوايت وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة فيها بخلاف الثلاثة المذكورة فان ذلك لا يجوز فيها واذا كان المعنى مختلفا
لا يلزم الابطال بل يكون كل واحد منهما ثابتا بدليل على حدة فاما الثلاثة المذكورة فبدليل حديث عقبة رضي الله عنه
واما غيرها فلما جاء في الاحاديث من قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب
الشمس وكذلك غيرهما وقوله حجة على ابي يوسف في اباحة النفل يوم الجمعة روي عن ابي يوسف انه قال لا باس بالصلاة
وقت الزوال يوم الجمعة لحديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة في نصف
النهار الا يوم الجمعة واجيب بانه منقطع او معناه ولا يوم الجمعة كما تقدم في جواب الشافعي وقوله ولا صلاة جنازة عطف
على اول الكلام وقوله لما روينا يعني قوله وان نقبر موتانا وقوله ولا سجدة تلاوة لانها في معنى الصلاة فانها يشترط لها
ما يشترط للصلاة يعني لما كانت داخلة تحت النهي عن الصلاة في قوله ثلاثة اوقات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نصلي
فيها فان قلت ما بالها لم تلحق بها في قوله عليه السلام الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة للعهد التي وجدت
فيها القهقهة لا للجنس والمعهودة صلاة ذات تحريمة وركوع وسجود والسجود المجرد ليس في معناه من كل وجه فلا يلحق
به واما النهي عن الصلاة في هذه الاوقات فليلا يقع التشبه بالصلاة بعبدة الشمس والسجود المجرد يحصل به ذلك فكان
في معناه فالحق به كذا في الشروح ولو قيل ولو فرض انها في معنى الصلاة من حيث وقوع التشبه به بعبدة الشمس ووقوعه
بالصلاة فدخلت تحت النهي ورد عن الصلاة كذلك كان احصر واحكم وقوله الا عصر يومه عند الغروب مستثنى من قوله ولا
عند غروبها وقوله لان السبب هو الجزء القايم من الوقت قد تقدم ان سبب الصلاة اوقاتها ولكن لا يمكن ان يكون كل
الوقت سببا لانه لو كان كله سببا لوقع الاداء بعده لوجوب تقديم السبب بجميع اجزائه على المسبب فلا يكون اداء وليس دليل
يدل على قدر معين فيه كالربع او الخمس او غيرهما فوجب ان يجعل بعض منه سببا واقل ما يصلح لذلك الجزء الذي لا يتجزى
والجزء السابق لعدم ما يزاحمه اولى فان اتصل به الاداء تعين لحصول المقصود وهو الاداء وان لم يتصل انتقل الى الجزء الذي
يليه ثم وثم الى ان يضيق الوقت ولم يتقرر على الجزء الماضي لانه لو تقرر كانت الصلاة في اخر الوقت قضاء وليس كذلك
لا يستنكر وكان الجزء الذي يلي الاداء هو السبب او الجزء المضيق او كل الوقت ان لم يقع الاداء فيه لان الانتقال من الكل
الى الجزء كان لضرورة وقوع الاداء فيه لان الانتقال من الكل الى الجزء كان لضرورة وقوع الاداء خارج الوقت على
تقدير سببية الكل وقد زالت فيعود كل الوقت سببا ثم الجزء الذي يتعين سببا يعتبر صفته من الصحة والفساد فان
كان صحيحا بان لا يكون موصوفا بالكراهة ولا منسوبا الى الشيطان كالظهر مثلا وجب المسبب كاملا فلا يتادى ناقصا
وان كان فاسدا اي ناقصا بان يكون منسوبا الى الشيطان كالعصر يستانف وقت الاحمرار وجب الفرض به ناقصا فيجوز ان
يتادى ناقصا لانه اداه كما وجب بخلاف غيرها من الصلوات الواجبة باسباب كاملة فانها لا تقضى في هذا الوقت
لان ما يجب كاملا لا يتادى ناقصا وقد ذكرنا ذلك في الانوار والتقرير مستوفى بعون الله تعالى وتاييده واذا عرفت
ذلك فنقول لان السبب من الجزء القايم من الوقت فيه تسامح لان السبب اما اول الجزء او الذي يلي الاداء او الجزء المضيق
او كل الوقت عند عدمه كما عرف في الاصول قوله فالمودي في اخر الوقت قاض فقال صاحب الكافي انه مشكل لانه
مودى بعد بقاء الوقت وايضا يلزمه على تقديره جواز قضاء العصر في هذا الوقت لان الجزء القايم من الوقت ناقص
فيجب به العصر ناقصا فينبغي ان يجوز كعصر يومه والجواب عن الاول ان كلامه فيمن اخر العصر الى الغروب فلا شك
ان السبب في حقه هو الجزء القايم من الوقت وهو المعبر عنه بالجزء المضيق وعن الثاني بان الجزء اذا تعين للسببية بحيث لا
ينتقل الى غيره كان التاخير عنه تفويتا للواجب بالاستقراء في قوانين الشرع كالجزء الاخير من الوقت في الصلاة والجزء الاول
من اليوم في الصوم هكذا اجاب شيخي شيخ العلامة عبد العزيز رحمه الله ورد عليه بان الفوات في التفويت عن الجزء الاخير
عن الوقت انما هو لاعتبار تعينه للسببية وكذلك عن الجزء الاول من اليوم لان وقت الصوم كل النهار فاذا فات البعض فات
الكل واقول في الجواب عن السوال ان كل ما كان سببا للوجوب فهو شرط للواجب ولا يمكن ان يكون كل الوقت شرطا والا لكان في
الاداء في الوقت تقديم المشروط على الشرط وهو باطل لتقديم المسبب على السبب فلا بد ان يكون الجزء القايم اذ لو كان المصلي
في اخر الوقت فاتحا الغاية فيه غير عصر يومه لا من له وقد قال لانها وجبت كاملة وكلما وجب كاملا لا يتادى ناقصا غير انه لم يذكر

وجه وجوبها كامله ووجهه ما ذكرناه قال والمراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة يعني ان المراد بالنفي المذكور في صلاة
الجنازة وسجدة التلاوة بقوله ولا صلاة جنازه ولا سجدة تلاوة هو الكراهة يعني به نفي عدم الجواز بخلاف
الفرايض في هذه الاوقات الثلاثه سوي عصر يومه فان كان قوله لا يجوز الصلاة عند طلوع الشمس الي اخره يجري على
حقيقته عدم الجواز فان قلت فعلي هذا يكون قوله لا يجوز مستعملا في عدم الجواز بالنسبة الي الفرايض وفي الكراهة
بالنسبة الي صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وهو جمع بين الحقيقة والمجاز قلت نقدر الفعل في المعطوف بمعني الكراهة حتي
يكونا مرادين بلفظين ولا محذور فيه فان قلت فلا يعقل فيه في الدليل وهو قول عقبة رضي الله عنه ههنا فانه بمعني عدم
الجواز ومعني الكراهة حينيذ قلت حكاية فعل مجاز ان يكون النهي مكرر الي معني عدم الجواز مرة وفي معني الكراهة
اخري واما قوله لا يجوز الصلاة متناولا للفرض والنفل فانه يستقيم علي غير ظاهر الروايه وهو ان النفل ايضا لا يجوز
في هذه الاوقات كما تقدم واما علي غير ظاهر الروايه فانه مستقيم لانه اذا شرع في التطوع في هذه الاوقات وجب عليه
القضا ولو مضي عليه خرج عما وجب عليه بالشروع ذكره في نوادر المبسوط وكذا لو قطعه واذا اداه في وقت اخر مكروه مثله
جاز ولانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد وانه لا يجوز قوله ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتي تطلع الشمس وبعد العصر
حتي تغرب الشمس لما روي انه صلي الله عليه وسلم نهي عن ذلك والحديث في الصحيحين واستشكل بانه غيا الكراهة الي الطلوع
والغروب وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها وهو ليس كذلك لانها ثابتة بعد الطلوع الي ان ترتفع وبعد الغروب الي ادا
المغرب والجواب انه تثبت بمفهوم الغايه وهو غير لازم علي ان المحي لغة ثابتة اذ الكراهة بعد الطلوع والغروب لمعني
اخر والحق ان يقال معناه حتي يقرب طلوع الشمس وحتي تتغير للغروب فانه لو كان علي حقيقته كانت الكراهة بمعني
في الوقت وهو خلاف مراده وقوله ولا باس بان يصلي في هذين الوقتين يعني بعد الفجر والعصر الفوايت ويسجد للتلاوة
ويصلي علي الجنازه لان الكراهة لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به وما كان لحق الفرض لا يظهر في حق حقيقة
الفرض فان شغل الوقت بحقيقة الفرض اولي من الشغل بحقه فلا يظهر في حق الفرايض وما هو بمعناها في الوجوب
بعينه كسجدة التلاوة فانها تجب بالعين لكون وجوبها غير موقوف علي فعل العبد بدليل وجوبها بالسماع فصارت
كالفرايض وكذلك صلاة الجنازة لكون وجوبها غير موقوف علي فعل العبد وظهرت في حق المنذور وركعتي الطواف
وفي الذي شرع فيه ثم افسده لتعلق وجوب المنذور بسبب من جهته اي جهة الناذر بدلالة المنذور عليه لا من جهة
الشرع وكان كصلاة شرع فيها تطوعا ولان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف الحاصل بفعله فكان كالنفل
لصيانة المودي قبلها عن ابطال العمل واذا ظهرت في حق المندوب الواجب وركعتي الطواف والفاسد بعد الشروع
الواجبين فلان يظهر في حق النوافل اولي وقوله لا لمعني في الوقت تاكيد لقوله لحق الفرض وفيه اشاره الي الفرق
بين النهي الوارد في هذين الوقتين والوارد في الاوقات الثلاثه المذكورة بان ذلك لمعني في الوقت وهو كونه منسوبا
الي الشيطان فيظهر في حق الفرايض والنوافل وغيرها وهذا المعني شغل الفرض وشغله بالفرض التقديري اولي من
النفل دون الفرض الحقيقي وظهر في حق النفل دون الفرض فان قيل ركعتا الطواف واجب عندنا علي ما يجي في كتاب
الحج فوجوبه من جهة الشرع بعد الطواف كوجوب سجدة التلاوة بعد التلاوة فينبغي ان يوتي بهما كسجدة التلاوة
في هذين الوقتين وعذره بان الوجوب بختم الطواف ينتقض بسجدة التلاوة فان وجوبها للتلاوة وهي فعله ايضا
والجواب ما اشرنا اليه ان السجدة قد تجب بتلاوة غيره اذا سمعه من غير قصد ولا كذلك ركعتا الطواف وقوله
ويكره ان يتنفل ظاهر وقوله مع حرصه علي الصلاة يعني ان الترك مع الحرص علي احراز فضيلة الفعل دليل الكراهة
وكذلك قوله ولا يتنفل بعد الغروب ظاهر والمعني في النهي في هذه الاوقات كالنهي بعد الفجر وبعد العصر لانه ليس
لمعني في الوقت بل لحق ركعتي الفجر ليصير الوقت كالمشغول به وبالمبادرة الي ادا المغرب فانها فيه مستحبه وللتشاغل
عن استماع الخطبه فلا يظهر في حق الفرايض وكان الحاصل ان ما كان النهي فيه لمعني في الوقت اثر في الفرايض
والنوافل جميعا وما كان لمعني في غيره اثر في النوافل دون الفرايض وما هو في معناه والله اعلم بالصواب

باب الاذان

لما كان الاذان اعلاما بدخول سبب الصلاة ناسب ان يذكر عقيبه والاذان في اللغة الاعلام
قال الله تعالي واذان من الله ورسوله اي اعلام وفي الشريعة عبارة عن اعلام مخصوص في اوقات مخصوصه وسبب مشروعيته
ابتداء رويا جماعة من الصحابه منهم عمر رضي الله عنه نزول الملك من السما وتعليم الالفاظ المخصوصه وبقاء دخول وقت الصلاة
المكتوبه وصفته ما ذكره في الكتاب وهو قول عامة المشايخ انه سنة للصلوات الخمس والجمعه دون ما سواها من الوتر وصلاة
العيدين والخسوف والكسوف والاستسقا وصلاة الجنازة والسنن والنوافل وقال بعض مشايخنا انه واجب لما روي عن محمد
ان اهل بلده في الاسلام اذا تركوا الاذان والاقامة قوتلوا والقتال انما يكون علي ترك الواجب دون السنه والجواب انه
قال ذلك لانه وان كان سنة الا ان تركه بالاصرار استخفاف بالدين فيلزم القتال وصفة الاذان اي كيفيته معروفه وهو
كاذان الملك النازل من السما واختلف في ذلك الملك فقيل نزل به جبريل عليه السلام وقيل كان غيره قوله ولا ترجيع وهو فيه

اي

اي الترجيع ان يرجع وهو ظاهر وقوله وقال الشافعي رحمه الله فيه ذلك اي في الاذان الترجيع وقوله بحديث ابي محذورة
اي قوله فطفقت ترجيعا ذكر في الاسرار ان النبي صلي الله عليه وسلم امره بذلك لحكمة رويت في قصته وهي ان ابا محذورة كان يبغض
رسول الله صلي الله عليه وسلم قبل الاسلام بغضا شديدا فلما اسلم امره رسول الله صلي الله عليه وسلم بالاذان فلما بلغ كلمتي الشهادة
خفض صوته حيا من قومه فدعاه رسول الله صلي الله عليه وسلم وعرك اذنه وقال ارجع وامدد بها صوتك اما ليعلمه انه لا حيا في
الحق او ليزيده محبه لرسول الله صلي الله عليه وسلم بتكرير كلمات الشهادة وقوله لان بلالا روي ان بلالا رضي الله عنه اذن لصلاة
الفجر ثم جا الي باب حجرة عايشه رضي الله عنها فقال الصلاة يا رسول الله فقالت عايشه الرسول نايم فقال بلال الصلاة خير من
النوم فلما انتبه اخبرته عايشه فاستحسنه رسول الله صلي الله عليه وسلم وقال له اجعل في اذانك وقوله وهو ظاهر وقوله
حجة علي الشافعي رحمه الله في قوله انها فرادي فانه يقول بشفع الاذان ويوتر الاقامة لحديث انس رضي الله عنه ان النبي صلي
الله عليه وسلم امر بلالا بذلك قلنا المعتمد ما فعل الملك النازل من السما والمشهور فيه التكرار ومعني حديث انس ان يوذن
بصوتين ويقيم بصوت واحد بدليل ان في الاقامة قد قامت الصلاة وهو مشفوع كله موتر صوتا وروي ان عليا رضي
الله عنه مر بموذن يوتر الاقامة فقال اشفعها لا ام لك ويترسل في الاذان بيان السنن التي فيه وهي نوعان ما يرجع
الي نفس الاذان وما يرجع الي الموذن فالاول هو ان ياتي رافعا صوته ويفصل بين كلمتي الاذان بسكتة مطولا غير
مطرب وهو الترسل من ترسل في قراته اذا تمهل فيها ويحدر ولا يفصل بين كلمتي الاقامة بل يجعلهما كلاما واحدا وهو
الحدر ويكون صوته اخفض من صوت الاذان ويرتب بين كلمات الاذان والاقامة كما شرع فان قدم بعضا واخر بعضا
فالافضل الاعادة مراعاة للترتيب وان يوالي بين كلمات الاذان والاقامة حتي لو ترك الموالاة فالسنة ان يعيد الاذان ويستقبل
بهما القبلة الا في الصلاة والاذان والفلاح والثاني وهو ان يكون رجلا عاقلا صالحا عالما بالسنة وباوقات الصلاة فاذان
الصبي العاقل صحيح من غير كراهة واذان البالغ افضل واذان غير العاقل والسكران يعاد وكذلك اذان المراة وقوله
ويستقبل بهما اي بالاذان والاقامة القبلة لما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وقوله ويحول وجهه للصلاة والفلاح معنى عند
قوله حي علي الصلاة حي علي الفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم قيل لو كان كذلك يجوز وراه ايضا لان الاقامة كما
يكون امامه كذلك يكون في الخلف واجيب بانه لا يحول وراه لان فيه استدبار القبلة فيما هو دعا الي التوجه اليها فاكتفي فيه بما
يحصل لهم من بلوغ الصوت عند تحويل الوجه عنه ويسره وان استدار في صومعته فحسن ظاهر وقوله وان لم يفعل فحسن اي في
الاذان حسن لان ازال الفعل لانه وان لم يكن من السنن الاصليه حيث لم يذكر في حديث عبد الله بن زيد وهو الاصل في باب الاذان
لكنه فعل امر به النبي صلي الله عليه وسلم بلالا فلا يليق ان يوصف تركه في الحسن ولم يوصف في زوال الحسن المتمكن في نفس الاذان الذي هو يوترم
من سنن الهدي وكان معناه ان الاذان بذلك الفعل احسن وتركه حسن وقوله والتثويب في الفجر مبتدا وقوله حسن خبره وقوله
وكره في ساير الصلوات لما روي ان عليا رضي الله عنه راي موذنا يثوب في العشا فقال اخرجوا هذا المبتدع من المسجد وروي عن مجاهد
قال دخلت مع ابن عمر رضي الله عنه مسجدا يصلي فيه الظهر فسمع الموذن يثوب فغضب وقال قم حتي نخرج من عند هذا المبتدع
فما كان التثويب علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم الا في صلاة الفجر وقوله ومعناه اي معني التثويب في الاصطلاح العود
الي الاعلام وهو في اللغة عبارة عن الرجوع ومنه سمي الثواب لان منفعة عمله يعود عليه وهو اي التثويب علي حسب ما تعارفه
اهل كل بلدة من التنحنح او قوله الصلاة الصلاة او قوله قامت قامت لمبالغه في الاعلام وانما يحصل ذلك بما تعارفوه وقوله
هذا اشارة الي قوله حي علي الصلاة حي علي الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة تثويب احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابه
رضي الله عنهم لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا انه وقت غفلة ولم يذكر التثويب القديم وذكر في الاصل ان
التثويب الاول كان في صلاة الفجر بعد الاذان الصلاة خير من النوم فاحدث الناس هذا التثويب يعني به قوله حي علي
الصلاة حي علي الفلاح مرتين والمتاخرون استحسنوه اي التثويب المحدث في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور الدينية
ولكن لم يشترطوا غير ذلك واللفظ الذي هو حي علي الصلاة بل ذكروا ما يتعارفونه كما ذكرناه انفا ويكون هذا احداثا بعد احداث
لان التثويب الاصلي كان الصلاة خير من النوم لا غير في اذان الفجر او بعد اذان الفجر فغيرت علماء الكوفة حي علي الصلاة حي علي
الفلاح بين الاذان والاقامة في الفجر خاصة مع ابقا الاول واحدث المتاخرون التثويب بين الاذان والاقامة علي
حسب ما يتعارفونه في جميع الصلوات سوي المغرب مع ابقا الاول وما راه المومنون حسنا فهو عند الله حسن وقوله قال ابو يوسف
كلام يتعلق بالتثويب المحدث في ساير الصلوات بزيادة اختصاص لمن يكون مشتغلا بامور المسلمين وهو ظاهر قال ويجلس بين الاذان
والاقامة الا في المغرب بخلاف ان وصل الاذان بالاقامة مكروه لان المقصود بالاذان اعلام الناس بدخول الوقت ليتهيوا
للصلاة بالطهارة فيحضروا المسجد لاقامة الصلاة وبالوصل ينتفي هذا المقصود فان كانت الصلاة مما يتطوع قبلها مسنونا كان
او مستحبا يفصل بينهما بالصلاة المقولة عليه السلام بين كل اذانين صلاة قاله ثلاثا وقال في الثالثة لمن شا فان لم يصل يجلس بينهما
لحصول المقصود به واما اذا كان في المغرب فقد اتفقوا ان الفصل لا بد منه فيه ايضا لكنهم اختلفوا في مقداره فعند ابي حنيفة
رحمه الله المستحب ان يفصل بينهما بسكتة يسكت قائما مقدار ما يتمكن فيه من قراءة ثلاث ايات قصار وفي رواية عنه مقدار ما يخطو

ثلاث خطوات ويقيم وعندهما يفصل بينهما بجلسة خفيفة مقدار الجلسة بين الخطبتين والوجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله والفرق
قد ذكرناه اشارة الى قوله ان التاخير مكروه بخلاف سائر الصلوات فان التاخير فيها ليس بمكروه والاشتغال بالركعتين يودي الى التاخير
فكذلك لا يفصل بينهما والمذكورة من مذهب الشافعي مناف لما تقدم في باب المواقيت من ان وقت المغرب هو ان يصلي فيه ثلاث ركعات قال
رايت ابا حنيفة يوذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يؤيد ما قلنا ان لا جلوس عنده في اذان المغرب وانما اورده ليوكد قول ابي حنيفة
بفعله قيل وانما ذكر محمد في الجامع الصغير ابا يوسف باسمه دون كنيته دفعا لتوهم التسوية في التعظيم بين الشيخين وكان مامورا من جهة ابي
يوسف ان يذكره باسمه حيث يذكر ابا حنيفة قوله وان المستحب معطوف على ما قلنا يعني ونفيد استحباب كون الموذن عالما بالسنة اي
باحكام الشرع وهذا يرد على من يقول الاحسن للامام ان يفوض الاذان والاقامة الى غيره فان النبي صلى الله عليه وسلم ما كان يباشر الاذان
والاقامة بنفسه وكان اماما لهم في الصلاة قلنا اذن واقام صلى الله عليه وسلم احيانا روى عقبة ابن عامر رضي الله عنه قال كنت مع رسول
الله صلى الله عليه وسلم في سفر فلما زالت الشمس اذن واقام وصلى الظهر وقوله غداة ليلة التعريس التعريس النزول في اخر الليل روى البخاري
في صحيحه باسناده الى عبد الله بن ابي قتادة عن ابيه قال سرنا مع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة فقال بعض القوم لو عرست بنا يا رسول
الله فقال اخاف ان تناموا عن الصلاة قال بلال انا اوقظكم فاضطجعوا واسند بلال ظهره الى راحلته فغلبته عيناه
فنام فاستيقظ رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد طلع حاجب الشمس فقال يا بلال اين ما قلت قال ما القيت علي نومة مثلها قط
قال ان الله قبض ارواحكم حين شاء وردها حين شاء يا بلال قم فاذن الناس بالصلاة فتوضا فلما ارتفعت الشمس وابياضت قام
فصلى بالناس جماعة وهو اي قضاء النبي صلى الله عليه وسلم باذان واقامة حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة لا يقال قد روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم امر بلالا فاقام دون ذكر الاذان لان القصة واحدة والعمل بالزيادة اولى وفيه نظر لان ذلك انما يكون اذا كان راويها واحد
او لم يثبت ذلك والجواب ان الراوي اذا كان متعددا انما يحمل جبرا اذا امكن العمل بهما وها لا يمكن فكيف لكون القصة واحدة
فان فاتته صلوات اذن للاول واقام لما روينا من حديث ليلة التعريس وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام ليكون القضاء
على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور فلا حاجة اليه قوله قيل اذا كان الرفق
متعينا في احد الامرين فلا تخيير بينهما كما في قصر صلاة السفر وهنا الرفق متعين في الاقامة فما وجه التخيير واجيب بان ذلك بين السنن الواجبة
لا في السنن والتطوعات قال وعن محمد روي في غير رواية الاصول عن محمد اذا فاتت صلوات يقضي الاول باذان واقامة والبواقي بالاقامة
دون الاذان قال ابو بكر الرازي يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا والمذكور في الكتاب محمول على الصلاة الواحدة فيرتفع الخلاف بين
اصحابنا قال وينبغي ان يوذن ويقيم على طهر لان لهما شبها بالصلاة على ما سياتي فان اذن بغير وضوء جاز بلا كراهة في ظاهر الرواية
لانه ذكر فكان الوضوء فيه مستحبا كالقراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلاة بالاشتغال باعمال الوضوء
والاقامة شرعت متصلة بالشروع في الصلاة ويروى انه اي الشان لا يكره الاقامة ايضا لانها احد الاذانين والاول وهو الاذان
لا يكره بلا وضوء فكذا الاقامة ويروى يكره الاذان ايضا وهو رواية الكرخي لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يوذن
وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احد الروايتين اي بين اذان الجنب والمحدث على الرواية التي لا يكره اذانه ان للاذان
شبها بالصلاة انهما يفتتحان بالتكبير ويوذنان مع الاستقبال ويرتب كلمات الاذان كاركان الصلاة ويختصان بالوقت ولا
يتكلم فيها الا انه ليس بصلاة على الحقيقة ولو كان صلاة على الحقيقة لم يجز مع الحدث والجنابة فاذا كان شبيها بها كره مع الجنابة
اعتبارا مع الشبيه ولم يكره مع الحدث اعتبارا للحقيقة ولم يعكس لانا لو اعتبرنا في الحدث جانب الشبه لزمنا اعتباره في الجنابة بطريق
الاولى لان الجنابة اغلظ الحدثين وكان يتعطل جانب الحقيقة ذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على الاعادة وعدمها
وقوله اما الاول يعني عدم اعادة اذان المحدث واقامته وقوله واما الثاني يعني استحباب الاعادة بسبب الجنابة وقوله روايته
في ظاهر الرواية يستحب وفي رواية الكرخي يجب والاشبه اعادة الاذان فقط لان تكرار الاذان مشروع في الجملة كما في الجمعة بخلاف
الاقامة وقوله يعني الصلاة اي فسد بهذا لانه قال في الايضاح ويحتمل ان يكون المراد من الجواز اصل الاذان لان رفع الصوت
[illegible] الباب وقوله وكذلك المراة توذن معطوف على قوله والجنب احب ان يعيد وقوله ليقع اي الاذان على وجه السنة فان
اذان المراة لا يكون على وجه السنة بل على وجه البدعة لانها ان رفعت صوتها في اعلى موضع ارتكبت بدعة وان لم توذن على وجه السنة
وترك وجه هذه السنة بدعة وليس على النساء اذان ولا اقامة لانهما سنتا الصلاة بالجماعة وجماعتهن منسوخة وان صلين بجماعة صلين
بغير اذان واقامة بحديث رابطة رضي الله عنها قالت كنا جماعة من النساء امتنا عائشة رضي الله عنها بلا اذان ولا اقامة وقوله
ولا يوذن لصلاة قبل دخول وقتها وقوله والحجة على الكل اي على ابي يوسف والشافعي واهل الحرمين يعني ان الحديث حجة على الاخذ بما يوذن
منه فان قيل جاء في الحديث لا يغرنكم اذان بلال ويعلم به انه كان يوذن قبل الوقت اجيب بانه حجة لنا حيث لم يعتبر النبي صلى
الله عليه وسلم اذانه ونهاهم عن الاغترار به واعتباره وقد ذكر في المبسوط ان اذان بلال انكره صلى الله عليه وسلم وامره ان ينادي
على نفسه الا ان العبد قد نام يعني نفسه اي انه اذن في حال النوم والغفلة وكان يبكي ويطوف حول المدينة ويقول ليت بلالا
لم تلده امه وابتل من نضح دم جبينه وانما قال ذلك لكثرة معاتبة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله لقوله عليه السلام [illegible]
مليكة قال في النهاية ذكر هذا الحديث في المبسوط بخطاب غيرهما وقال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لمالك ابن الحويرث
وابن

تحديث ام

وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما قرانا وروى فخر الاسلام وليؤمكما اكبركما سنا وقوله فان نزلتما جميعا يكره
لقول ابن مسعود روي ان ابن مسعود رضي الله عنه صلى بعلقمة والاسود بغير اذان ولا اقامة وقال اذان الحي يكفينا وكذلك
لان الموذن نائب عن اهل المحلة في الاذان والاقامة لنصبهم اياه لذلك وكان المصلي في الحي بغير اذان واقامة حقيقة مصليا
بهما حكما فلا يكره بخلاف المسافر صلى وحده بغير اذان واقامة فانه يكره لكونه تاركا لهما حقيقة وحكما فهو تارك للجماعة حقيقة
وتشبها وترك الصلاة بجماعة مكروه فكذا ترك التشبه كما اذا عجز عن الصوم وقدر على التشبه فانه كره له تركه والله اعلم

باب شروط الصلاة لما فرغ من ذكر السبب وهو الوقت وما هو علامة عليه ذكر بقية الشروط والشروط جمع شرط وهو العلامة
وفي الاصطلاح ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن داخلا وقوله التي تتقدمها صفة موكدة لا مميزة اذ ليس من الشروط ما لا يكون
متقدما حتى يكون احترازا عنه وهو قريب من السنوت قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا وقوله يجب على المصلي ان
يقدم الطهارة اي اعاده وان كان قد علم مما تقدم كونها شرطا للصلاة ليكون الباب مشتملا على جملة الشروط وقوله اي ما يواري
عورتكم عند كل صلاة يعني لاجل الصلاة لا لاجل الناس لان الناس في الاسواق اكثر منهم في المساجد فلو كان لاجلهم لقال
عند دخول الاسواق وكان معناه خذوا ما يواري عورتكم من الثوب الذي يحصل به الزينة وهو ستر العورة عند كل صلاة
لان اخذ الزينة نفسها وهو عرض لا يمكن الا بهذا الطريق وكان من باب اطلاق اسم الحال على المحل وفي قوله عند كل مسجد اطلاق
اسم المحل على الحال فان قيل روي عن ابن عباس رضي الله عنه انها نزلت في شان الطواف لا في حق الصلاة فلا يكون حجة في وجوب
الستر في حق الصلاة اجيب بان العبرة لعموم اللفظ لا بخصوص السبب وقوله عند كل مسجد عام فلا يختص بالمسجد الحرام وقوله عليه
السلام لا صلاة لحائض الا بخمار دلالة وكان يجزي عن البالغة لان الحيض يستلزم البلوغ وفي دلالة الاية والحديث على فرضية
ستر العورة نظر لان الاية تفيد الوجوب في حق الطواف ولهذا كان طواف العاري معتدا به فلو افادت الفرضية
في حق الصلاة لكان لفظ خذوا مستعملا في الوجوب والافتراض وذلك لا يجوز واما الحديث فلانه خبر واحد وهو لا يفيد الفرضية
واجيب بان الاية قطعي الثبوت دون الدلالة على ذلك التقدير والحديث قطعي الدلالة لا [illegible] الحديث ظني الثبوت
لكونه خبر الواحد فبمجموعهما تحصل الدلالة على الافتراض فتامل وقوله وهذا يبين ان السرة عورة وقوله والركبة معطوف على
السرة وفيهما خلاف الشافعي فان قيل كلمة الى للغاية وهي في هذا الموضع لمد الحكم اليها فلا يدخل اجاب بقوله وكلمة الى
نحملها على كلمة مع كما في قوله تعالى ولا تاكلوا اموالهم الى اموالكم عملا بكلمة حتى كما في قوله حتى يجاوز ركبته او بقوله عليه
السلام الركبة من العورة وفيه نظر لان حتى اذا دخل الفعل كان بمعنى الى في مثل هذا الموضع فلا فرق بينهما
وكان ينبغي ان يقول عملا بقوله عليه السلام بالواو لان المعارضة به لكل منهما والجواب عن الاول انه بمعنى
الى لكن مع دخول الاية وقد قررناه في التقرير وعن الثاني بان كلمة او لمنع الخلو لا لمنع الجمع فلا يكون منافيا ثم ان المشايخ
اختلفوا في ان الركبة مع الفخذ عضو واحد او كل واحد منهما عضو على حدة قال المصنف رحمه الله في التجنيس ثم الركبة
الى اخر الفخذ عضو واحد حتى لو صلى والركبتان مكشوفتان والفخذ مغطى جازت صلاته لان نفس الركبة من الفخذ اقل من
الربع قال وقد قيل انها بانفرادها عضو ولكن الاول اصح لانه ليس بعضو على حدة في الحقيقة بل هي ملتقى عظم الفخذ والساق
وانما حرم النظر اليها من الرجال لتعذر التمييز فعلى الاول من تبعيضية وعلى الثاني بيانية قال وبدن الحرة كلها
عورة كلها تاكيد للبدن وتانيثه لتانيث المضاف اليه كما في قولهم ذهبت بعض اصابعه وقوله وكفيها يشير الى ان باطن كفيها
عورة وهو ظاهر الرواية لان الكف عرفا لا يتناول ظهره وفي مختلفات قاضي الغني ظاهر الكف وباطنه ليسا بعورتين
وقوله صلى الله عليه وسلم المراة عورة مستورة خبر بمعنى الامر ومثله يفيد التاكيد وقيل معناه من حقها ان تستر وقوله واستثنى العضوين
يعني الوجه والكف للابتلاء بابدائهما من مزاولة الاشياء بيدها ومن كشف وجهها لاسيما في الشهادة والمحاكمة قوله وهذا اي
قول القدوري وبدن الحرة كله عورة الا وجهها وكفيها تنصيص منه على ان القدم عورة لانه لم يستثنها وروى الحسن عن ابي
حنيفة انها ليست بعورة وبه قال الكرخي قال المصنف وهو الاصح لانها تبتلى بابداء القدم اذا مشت حافية او متنعلة فربما
لا تجد الخف على ان الاشتهاء لا يحصل بالنظر الى القدم كما يحصل بالنظر الى الوجه فاذا لم يكن الوجه عورة مع كثرة الاشتهاء فالقدم اولى
ولما كانت رواية الجامع الصغير مما يدل على ان القدم ليست بعورة رتبها على ما قبلها بالفاء فقال فان صلت وذلك لانه جوز الصلاة
مع كشف ما دون ربع الساق وكانت القدم مكشوفة لا محالة فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم المراة عورة مستورة عام في جميع بدنها
وليس في لفظه استثناء العضوين او الثلاثة بالابتلاء تخصيص بلا لفظ الابتلاء وهو لا يجوز عندنا كما عرف في موضعه
فالجواب ان قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها الاية الا ان يكون ورد قبل الحديث او بعده فان كان بعده نسخ عموم الحديث
وان كان قبله فالحديث لكونه خبر الواحد لا يبطل شيئا مما ثبت وقوله وثلث ساقها او ربع ساقها مكشوف قيل ما وجه الجمع بين الثلث
والربع وذكر الربع مغن عن ذكر الثلث واجيب بوجه بانه سهو من الكاتب ولهذا لم يكتبه شيخ الاسلام وعامة المشايخ لعدم الفائدة
وبانه شك وقع من الراوي عن محمد فانه اذا ذكر الربع علم ما بعده الثلث بالدلالة والتنصيص على ما ثبت دلالته بالتصريح [illegible]
فصحيح قال الله تعالى يوم عسير على الكافرين غير يسير وبان الربع مانع قياسا والثلث استحسانا فاورد على القياس والاستحسان

لم يكن لم

وبان الربع مانع مع القدم والثلث مايدو تهاوبان ابا حنيفه رحمه الله سيل عن هذه المسلة علي هذا الوجه فاورده محمد كذلك
اعلم ان اصحابنا رحمهم الله اتفقوا علي ان قليل الانكشاف معفو وكثيره ليس بمعفو واختلفوا في الحد الفاصل بينهما فقال
ابو حنيفه ومحمد رحمهما الله الربع كثير ومادونه قليل وقال ابو يوسف رحمه الله مادون النصف قليل لان الشي لا يوصف
بالكثرة الا اذا كان ما يقابله اقل منه لان القليل والكثير من اسما المقابله يريد به تقابل التضايف والاضافه هيه تكون
ماهيتها معقوله بالقياس الي ماهية اخري تكون ماهيتها معقوله بالقياس الي الماهية الاولي كالابوة والبنوة والذي في
الشروح ان التقابل بينهما تقابل التضاد وليس بشي لاجتماعهما في محل واحد فان الشي الواحد يجوز ان يكون قليلا بالنسبه
الي شي وكثيرا بالنسبه الي غيره وعلي هذا اورد في النصف عن ابي يوسف رحمه الله روايتان قوله واعتبار الخروج عن حد القلة
او عدم الدخول في ضده دليل الروايتين يعني ان النصف لما خرج عن حد القلة لان ما يقابله ليس باكثر منه كان داخلا تحت
حد الكثرة وانه لم يدخل في ضده اي ضد الكثير وهو القليل فان ما يقابله وهو النصف الاخر ليس باقل منه لم يكن داخلا
تحت حد الكثرة وكان داخلا في القليل لا يجب به الاعادة قوله في ضده اي في مقابله وكانه هو الذي حمل الشارحين
علي تفسير المقابله بالتضاد وقوله ان الربع يحكي حكاية الكمال يعني ان ربع الشي اقيم مقام الكل في مواضع كثيرة من
الاحكام واستعمال الكلام كمسح الراس والحلق في الاحرام ويقال رايت فلانا وانه لم يرمنه الا وجهه احد الجهات الاربعة
فكذا هاهنا ... في باب العبادة واعترض بان اعتبار هذا بمسح الراس غير مستقيم لان مسح كل الراس لم يكن واجبا حتي
يقوم الربع مقامه بل الواجب منه بعض الراس واجيب بان الاصل في الراس غسله كله كما في غسل الوجه لان التطهير
المقصود بالوضوء يحصل به الا ان الشرع اكتفي بالمسح عن الغسل ثم اكتفي بالبعض عن الكل دفعا للضرورة وكان الربع
قايما مقام الكل من هذا الوجه وقيل هذا يشبه العذر بالعذر لا يشبه الواجب بالواجب كما في قوله صلي الله عليه وسلم
انكم سترون ربكم الحديث فان فيه تشبيه الروية بالروية لا تشبيه المري بالمري والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني علي
هذا الاختلاف اي الذي تقدم ذكره ان الربع مانع او النصف لان كل واحد عضو علي حده والمراد به النازل من الراس
قيل وجعل الشعر من الاعضا للتغليب اولانه جزو من الادمي حتي لا يجوز بيعه والمراد به النازل اي المتوسل وقوله هو
الصحيح احتراز عن اختيار الصدر الشهيد وغيره ان المراد بالشعر ما علي الراس واما المسترسل وهو ما نزل الي الاسفل من
الاذنين ففي كونه عورة روايتان واختار الفقيه ابو الليث كونه عورة احتياطا لان تلك الرواية تقتضي ان يجوز
النظر الي صدغي الاجنبية وطرف ناصيتها كما ذهب اليه عبد الله البلخي وهو امر يودي الي الفتنة وكان الاحتياط
في الاخذ بهذه الرواية وقوله وانما وضع غسله جواب عما يقال لو كان الشعر النازل من الراس عورة لكان باعتبار
انه ليس من بدنها بل هو من بدنها خلقة لا تصاله به ولكن سقط غسله لمكان الحرج والعورة الغليظة علي هذا الاختلاف يعني
الذي تقدم من انكشاف الربع او النصف والعورة الغليظة من القبل والدبر وهذا التقسيم انما يستقيم علي اختيار الكرخي
حيث ذكر في كتابه انه يعتبر في السوتين قدر الدرهم وفيما عدا ذلك الربع وانما قال ذلك لان العورة نوعان غليظة وخفيفة
كالنجاسة ثم في النجاسة الغليظة يعتبر الدرهم وفي الخفيفة الربع فكذا في العورة واما علي اختيار عامة العلما فلا
فايدة في تقسيمها اذ في كلاهما يعتبر انكشاف الربع ما تقدم خلافا لابي يوسف سوا كان ذلك عضوا صغيرا او كبيرا وما
ذهب اليه الكرخي وهم لانه قصد به التشنيع لتغليظ في العورة الغليظة فخفف لانه اعتبر في الدبر قدر الدرهم وهو لا
يكون اكثر من قدر الدرهم فهذا يقتضي جواز الصلاة وان كان جميع الدبر مكشوفا وهو تناقض والذكر يعتبر بانفراده
عضو المنع انكشاف ربعه جواز الصلاة وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم كما في الدية احتياطا وهو احتراز عما
قيل الخصيتين مع الذكر عضو واحد لانهما تبع للذكر فيعتبر ربع المجموع عند هما قال شيخ الاسلام هذا كله عند علمائنا
واما عند الشافعي رحمه الله فان القليل والكثير في ذلك سوا في المنع عن جواز الصلاة وكان الخلاف في هذا كالخلاف في قليل
النجاسة قال وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة قال في شرح الطحاوي ومن كان في رقبتها شي من الرق فهي
في معني الامة وهذا لان حكم العورة في الاناث اغلظ فاذا كان الشي من الرجل عورة فمن الانثي اولي وظهرها وبطنها عورة لانهما محل
الشهوة وما سوي ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحراير حين راي جارية متقنعة
وقوله يا دفار بالدال المهملة اي يا منتنة وروي ان جارية كانت تخدم الضيفان مكشوفات الروس مضطربات الثدي
والمهنة بفتح الميم وكسرها الخدمة والابتذال من تمتهن القوم خدمهم وانكر الاصمعي الكسر وقوله في حق جميع الرجال اي سوي ثوبها
وقوله ومن لا يجد ما يزيل به النجاسة بالعصر لين وللمايعات ومعناه علي الوجه الذي ذكره في الكتاب ظاهر وقوله لان في
الصلاة فيه اي الثوب الذي يكون ربعه الطاهر منه اقل من الربع ترك فرض واحد وهو الطهارة وفي الصلاة عاريا ترك الفروض
كستر العورة والقيام والركوع والسجود وقوله لكل واحد منهما اي من الانكشاف والنجاسة مانع جواز الصلاة حالة الاختيار
ويستويان اي وهما يستويان خبر مبتدا محذوف ليكون عطف جملة اسمية علي اسمية وقوله في حق المقدار يجوز ان يكون معناه ان
القليل من كل واحد منهما جائز والكثير مانع فلما كان كذلك ثبتت المساواة بينهما في المانعية من غير رجحان لاحدهما علي الاخر فيتخير بينهما

ويجوز

ويجوز ان يكون معناه في مقدار الربع فان المانع في النجاسة الحقيقية مقدر بالربع وكذا المانع في العورة الربع فلما استويا
في المانعية وفي المقدار استوي اختيار المصلي ايضا في ان يصلي فيه او يصلي عريانا وحاصله انهما يستويان في الموضعين في
المنع وفي المقدار فيجب ان يستويا في حق الصلاة في ذلك الثوب اي في حق اثبات الاختيار ايضا وقوله ومن كان التي الي
خلف لا يكون تركا جواب عن قوله وفي الصلاة عريانا ترك الفروض لكنا قوله ترك الفروض وجوابه المذكور انما يستقيم ان لو
علي تقدير ان يصلي العاري قاعدا واما اذا صلي قايما يكون تاركا لفرض واحد وهو السنر واذا ترك فرضا واحدا فقد اقام فرضا
بازايه وهو ترك استعمال النجاسة وكان تارك فرضا بازا الاتيان بفرض اخر فيتخير وكان محمد رحمه الله بني كلامه علي ما هو الافضل
وهو الصلاة قاعدا حملا لحال المسلم علي ما هو الاصلح فان قيل سلمنا انه اتي بفرض وترك فرضا لكنا لا نسلم المساواة بينهما فان
فرضية السنر اقوي من فرضية ترك النجاسة لما ذكر في الكتاب بقوله لعدم اختصاص الستر بالصلاة واختصاص الطهارة بها فالجواب
انا لا نسلم ان فرضية الستر به اقوي فان خطاب الستر في حق الصلاة انما هو الستر بالطاهر لا بالنجس واذا كان كذلك تساويا ولين
سلمنا ذلك لكنه اذا صلي قاعدا فقد اتي ببعض الستر وما قام مقام الاركان وترك استعمال النجاسة واذا صلي بالثوب فانما فقد
استعمل النجاسة واتي بالاركان فيستويان فيتخير ومن لم يجد ثوبا صلي عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب النبي
صلي الله عليه وسلم وروي عن انس ابن مالك انه قال ان اصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم ركبوا في السفينة فانكسرت بهم السفينة
فخرجوا من البحر عراة فصلوا قعودا وهذا قول روي عنهم ولم يروا عن اقرانهم خلاف فحل محل الاجماع وقوله فان صلي قايما اجزاه
ظاهر وقوله الا ان الاول يعني الصلاة قاعدا افضل لان الستر وجب لحق الصلاة وحق الناس وما كان كذلك كان اكد ولان
الايما خلف عن الاركان فتركه كلا ترك بخلاف الستر فانه لا خلف له فيل هذا ان المعني لا يقتضيان انحصار الجواز في القعود
فلا وجه للجواز قايما فالجواب انه ممنوع فالجواز قايما موجود وهو الاتيان بالاركان تعيين والاتيان بها خير من الايما فان خلفه
فالستر وان كان اعم وجوبا ونفعا لكنه لم يحصل بجميعه واذا لم يحصل بجميعه لم يعتبر في مقابله ترك الركوع والسجود الذي هو الركن
الاصلي في الصلاة وهذا يقتضي الا يجوز قاعدا فتتسا وي تمثل الي انهما سيان والقعود افضل لان اصحاب رسول الله صلي الله
عليه وسلم فعلوا ذلك علي ما ذكرنا وذلك القدر من الستر يصلح لترجيح جانب القعود لان الستر وان كان قليلا فهو اولي من
الاركان لقيام الخلف مقامها قال وينوي للصلاة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل الكلام
في مواضع في معني النية وفي الاصل الذي وجبت به وفي وقتها وكيفيتها والمصنف بدا ببيان الاصل الثاني فيه فقال
والاصل فيه اي في اشتراط النية قوله صلي الله عليه وسلم الاعمال بالنية اي حكم الاعمال او ثوابها ملتصق بها وقيل
بمعرفة الصلاة عمل والاعمال بالنيات فالصلاة بالنية ومما لا يكون بالنية لا يكون صلاة وفيه نظر ولان ابتدا الصلاة
بالقيام وهذا لاظهور اي القيام متردد بين العادة والعبادة فابتداوها متردد بينهما فلا بد من التمييز بينهما ولا
يقع التمييز الا بالنية لا ذكر وفيه بقوله والمتقدم علي التكبير كالقايم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلاة
وهذا علي سبيل الجواز فانه روي عن محمد انه نوي عند الوضو انه يصلي الظهر او العصر مع الامام ولم يشتغل بعد النية
بما ليس من جنس الصلاة الا انه لما انتهي الي مكان الصلاة لم تحضره النية جازت صلاته بتلك النية واما الافضل فان يكون
مقارنة للشروع ولا يكون شارعا بنية متاخرة وقوله ولا معتبر بالمتاخرة منها عنه اي من النية عن التكبير رد لقول
الكرخي فانه يجوزها بنية متاخرة عن التحريمة واختلفوا علي قوله فقيل الي انتها الثنا وقيل الي التعوذ وقيل الي الركوع
وقيل الي ان يرفع راسه من الركوع وقوله لان ما مضي يعني من الاجزا لا يقع عبادة لعدم النية والاجزا الباقية مبنية
عليه فلم تجز بخلاف الصوم فان النية فيه جوزت متاخرة عن اول الجز للضرورة لان ذلك وقت نوم وغفلة فلو شرطت
النية وقت الشروع وهو وقت انفجار الصبح لضاق الامر علي الناس واما الصلاة فانها يبدا بها في وقت انتباه وتيقظ
فلا ضيق في اشتراط النية عنده ثم ذكر معني النية بانها من الارادة اي هي الارادة الجازمة القاطعة وذلك لان النية
في اللغة العزم والعزم هو الارادة الجازمة القاطعة والارادة صفة توجب تخصيص المفعول بوقت وحال دون
غيرها فالنية هو ان يجزم بتخصيص الصلاة التي يدخل وقتها ويصلي يميزها عن فعل العادة وان كانت فعلا وعما يشاركها
في احض اوصافها وهو الفرضية ان كان فرضا وقوله وادناه ان يعلم بقلبه اي صلاة يصلي قيل وامارة علمه بذلك انه لو سيل
عن ذلك امكنه ان يجيب علي البديهة فان توقف في الجواب لم يكن عالما واعترض بان هذا انتزاع الي تفسير النية وهو غير صحيح لانه
لا يلزم من العلم بالشي نيته الا تري ان من علم الكفر لا يلزمه شي ومن نوي الكفر كفر واجيب بان معني كلامه والشرط فقصد بعد ان
يعلم وهو بعيد اذ ليس في كلامه ما يشير اليه ولا يلوح واقول اري انه اراد بذلك ما ذكرت انفا وهو ان يجزم بتخصيص الصلاة
التي فيها وتمييزها الي اخره لان التخصيص والتمييز بدون العلم لا يتصور وقوله اما الذكر باللسان فلا معتبر به اي في حق الجواز لكنه
حسن لاجتماع عزيمته وقوله ثم ان كانت الصلاة نفلا بيان لكيفية النية وذلك لان الصلاة التي يدخل فيها اما ان تكون فرضا او غيره
والثاني يكفي فيه مطلق النية نفلا كانت او سنة في الصحيح لان النية في النفل للتمييز عن العادة وهو يحصل بمطلق النية
وقوله في الصحيح احتراز عما قيل انه لا بد ان ينوي سنة الرسول عليه السلام لان فيها صفة زايدة علي النفل المطلق كالوتر

والاول المصلي فيه اما ان يكون منفردا او مقتديا بالامام والمنفرد يلزمه تعيين الفرض الذي يدخل فيه كان فرض عنه الظهر مثلا ولا
يكفيه ان يقول نويت الفرض لاختلاف الفروض فلا بد من التمييز ومنهم من يقول اذا نوى الظهر او الجمعة مثلا ولم ينو ظهر اليوم
او الوقت ان كان يصلي في الوقت لا يجزيه لجواز ان يكون عليه ظهر صلاة فائتة فلا يتعين المقصود دون الاول أظهر لان الظهر الوقت
مشروع الوقت والفائتة ليست كذلك بل انما يوجد بعارض فمطلقه ينصرف الى ظهر الوقت وقوله الشرط المتقدم وهو ان يعلم
بقلبه اي صلاة يصلي يحسم مادة هذه المقالات وغيرها فان العمدة عليه لحصول التمييز به وهو المقصود والمقتدي بغيره ينوي
الصلاة على الوجه المذكور وهنا يعينه لانه يلزمه فساد صلاة المقتدي من جهة ذلك الغير وهو الامام فلا بد من التزام الاقتدا
حتى لو ظهر حكما ضرر الفساد كان ضرر ملتزما واما لم يذكر الامام وان اشترط له امامة النساء لان حضورهن الجماعة مكروه نادره
الوقوع في عامة الامصار قال ويستقبل القبلة استقبال القبلة ايضا من شروط الصلاة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره اي شطر
المسجد الحرام ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال فلنولينك قبلة ترضاها ثم امر بالتوجه شطر المسجد الحرام ثم المصلي اما ان يكون بمكة
بمكة او غايبا عنها والاول فرضه اصابة عينها لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في المسجد الحرام متوجها الى الكعبة ومضى على ذلك الصحابة
والتابعون وكان اجماعا على ذلك والثاني فرضه اصابة جهتها لان الله تعالى قال امر النبي صلى الله عليه وسلم والمومنين بالتوجه
الى المسجد الحرام وهم بالمدينة دون الكعبة وفيه اشارة الى ان اصابة عينها للغائب غير لازمة لان التكليف بحسب الوسع وقوله
هو الصحيح احتراز عن قول الشيخ ابي عبد الله الجرجاني ان فرضه اصابة عينها يريد بذلك اشتراط نية عين الكعبة لان اصابة
عينها وهو غايب عنها غيب لا يطلع عليه وكان التكليف بها تكليفا بما ليس بمقدور فلا يجوز اشتراطها واما من كان الشرط عنده
اصابة الجهة فليس له حاجة الى الجهة النية واما نية الكعبة بعد التوجه اليها وكان الشيخ ابو بكر محمد ابن الفضل يشترطها والشيخ
ابو بكر محمد ابن حامد لا اشترطه وقال المصنف في التجنيس ونية الكعبة ليست بشرط في الصحيح من الجواب لان استقبال البيت شرط من
الشروط فلا يشترط فيه النية كالوضوء وقوله ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر بيان ان التوجه اليه يسقط بعذر
الخوف لاسباب مثل من اختفى من عدو او غيره ويخاف انه اذا تحرك واستقبل القبلة شعر به العدو فانه يجوز له ان يصلي قاعدا
بالايماء مضطجعا حيث ما كان وجهه وكذا لو كان مريضا لا يقدر على التحول الى القبلة وليس له من يحوله وكذا اذا انكسرت السفينة
وبقي على لوح وخاف انه لو استقبل القبلة سقط في الماء جاز له ان يصلي حيث كان وجهه لتحقق العذر فاشبه حال الاشتباه ومن
اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من اهل ذلك الموضع من يسأله اجتهد وصلى قيد بقوله وليس بحضرته من اهل ذلك الموضع
لانه لو كان به مقيم لم يجز له الاجتهاد في امر القبلة وان عليه السوال فقال اجتهد لانه ليس له ان يصلي بلا اجتهاد ولان الصحابة رضي
الله عنهم اشتبهت عليهم القبلة فتحروا وصلوا ثم ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم وقوله لان العمل بالدليل
الظاهر واجب ظاهر وقوله ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري الى اخره قيل هذا لا يصح جوابا لان فيه لانه له ان يقول
سلمنا ان التكليف مقيد بالوسع لكن حال العمل بان يأتي بما في وسعه تمام به ولا يحتاج بانتهائه عند ظهور الخطا وليس كلامنا فيه وانما
وانما كلامنا فيما اذا ظهر خطاوه بيقين يكون فعله كلا فعل في حق وجوب الاعادة ام لا ليس فيه لكم ثم ما يدل على نفيه ولنا ما يدل على ثبوته
من الاستقرار كما اذا صلى في ثوب باجتهاده في حكم ثم وجد نصا بخلافه فان عليه الاعادة بخلافه فيهما كلها لظهور الخطا بيقين ويجوز ان
العمل بما في وسعه عند توجه الخطاب بالعمل به فكذلك فيما نحن فيه واجيب بالفرق بان النجاسة وامثالها مما لا يحتمل الانتقال من
محل الى محل فلم يجز له العمل الا بظاهر ما ادى اليه تحريه فاذا ظهر ما هو اقوى منه ابطله لانه غير قابل للانتقال حتى يقال انه كان
في ذلك الوقت ظاهرا ثم تحول بعده يتعين بل هو حين صلى كان ذلك الثوب موصوفا بالنجاسة وكذا في حكم القاضي بالاجتهاد فيما نحن
فيه مضى فيه واما في القبلة فهي من قبيل ما يحتمل الانتقال الا ترى انها انتقلت من بيت المقدس الى الكعبة ومن عين الكعبة الى
الجهة اذا ابعد من مكة ومن جهة الكعبة الى ساير الجهات اذا كان راكبا فانه يصلي حيث ما توجهت به راحلته فبعد ما صلى الى جهة
بالتحري اذا تحول رأيه ينتقل فرض التوجه الى تلك الجهة وكان تبدل الرأي فيه بمنزلة النسخ فيعمل به في المستقبل ولا يظهر
به بطلان ما مضى كما في النسخ الحقيقي لان الشرط ان يكون مبتلى بالتوجه عند القيام الى الصلاة وهو المقصود لا الامر بالتوجه
الى الكعبة لان الله تعالى لا جهة له حتى يتوجه اليه حتى يتحقق اليه هذا اذا صلى الى الجهة التي وقع عليها تحريه واما ان علم ذلك وامامه
في الصلاة فظاهر وقيد بالمصر والمدن قرى المدينة بقوله ولا سوف وقوله من غير نقض المودى قبله لما ذكرنا ان دليل الاجتهاد بمنزلة
دليل النسخ واثر النسخ يظهر في المستقبل لا في الماضي وقوله ومن ام قوما في ليلة مظلمة ظاهر وقوله ومن علم منهم اي من القوم
المقتدين بحال الامام قال في النهاية وهذا القيد وهو علم المقتدين حال كونهم مامومين ليس بلازم في حق فساد صلاتهم فانه
لو علم حال الامام قبل الاقتدا فالحكم كذلك وان كان الامام في وقت الاقتدا على الصحة وفيه نظر لان قوله ومن علم منهم اي من القوم
المقتدين حال امامه اعم من ان يكون علمه قبل الاقتدا به او بعده واما ان يكون العلم قبل الاقتدا كالعلم بعده فلما ذكر المصنف في التجنيس
رجل تحرى القبلة فاخطا فدخل في الصلاة وهو لا يعلم ثم علم وحول وجهه الى القبلة ثم دخل رجل في صلاته وقد علم حاله الاولى لا تجوز
صلاة الداخل لانه دخل في صلاته وعلم ان الامام كان على الخطا في اول صلاته ولو علم من اول صلاته ان الامام على الخطا ودخل في
صلاته لم يجز فكذا هذا او قد استشكلت صورة هذه المسألة لانه وصفها في الليلة المظلمة والصلاة فيها جهرية فحينئذ يعلمون حال

الامام بصوته واجيب بكون الصلاة قضا وبكون الامام ترك الجهر ساهيا او بانهم عرفوا امامهم بصوته انه قدامهم لكن لم يميزوا من
صوته انه الى اي جهة توجه وقد ذكرنا ذلك في المتقدم باب صفة الصلاة لما فرغ من ذكر الوسايل شرع في بيان المقصود
والوصف والصفة مترادفان عند اهل اللغة والهاء عوض عن الواو كالوعد والعدة وعند المتكلمين من اصحابنا ان الوصف هو
كلام الواصف والصفة هي المعنى القايم بذات الموصوف والمراد ان المراد بالصفة الهيئة الحاصلة للصلاة باركانها وعوارضها
قوله فرايض الصلاة ستة والقياس ان يقال ست لان الفرايض جمع فريضة لكن قال فرايضها ويل الفروض الذي هو جمع فرض وفي
بعض النسخ ست وانما قال فرايض الصلاة ولم يقل اركانها لان الفرايض اعم تتناول الاركان وغيرها ومن المذكور في الكتاب التحريمة
وهي فرض وليس بركن والتحريم جعل الشي محرما والهاء لتحقيق الاسمية وانما اختصت التكبيرة الاولى بهذه التسمية لانها تحرم الاشياء
المباحة قبلها بخلاف ساير التكبيرات وهي فرض لقوله تعالى وثيابك فطهر وربك فكبر اي وخص ربك بالتكبير وهو الوصف بالكبرياء
وان يقال الله اكبر روي انها لما نزلت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله اكبر فكبرت خديجة وايقنت انه الوحي فكانت سورة المدثر
اول سورة نزلت ودخلت الفا لمعنى الشرط كانه قيل وما كان فلا تدع تكبيره ووجه الاستدلال ان المراد به تكبيرة الافتتاح
باجماع اهل التفسير ولان الامر للوجوب وما سواها ليس بواجب بالاجماع فتعينت له ضرورة ولذلك القيام لقوله تعالى وقوموا
لله قانتين اي مطيعين وقيل خاشعين وقيل ساكتين وعن ابن عمر ان القنوت طول القيام في الصلاة ووجه الاستدلال انه امر
انه امر بالقيام وهو للوجوب وليس القيام واجبا خارج الصلاة وكان واجبا فيها ضرورة والقراءة لقوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من
القران ووجه الاستدلال ما مر وسنذكر في فصل القراءة مقدارها وقول مخالفنا في الوجوب والركوع والسجود لقوله تعالى اركعوا
واسجدوا على ما مر من وجه الاستدلال قيل كان الناس اول ما اسلموا يسجدون بلا ركوع ويركعون بلا سجود فامروا ان يصلوا
بالركوع والسجود والقعدة في اخر الصلاة مقدار التشهد لقوله صلى الله عليه وسلم لابن مسعود رضي الله عنه حين علم التشهد
اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم علق الاستدلال التمام اي تمام الصلاة
بالفعل قرا او لم يقرا لانه علقه باحد الامرين من قراءة التشهد والقعود واحدهما وهو القراءة لم يشرع بدون الاخر حيث لم يفعله
رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فيه وانعقد على ذلك الاجماع فكان الفعل موجودا على تقدير ذلك القراءة البتة وكان هو
المعلق به في الحقيقة لاستلزامه الاخر وكلما علق بشي لا يوجد دونه فتمام الصلاة لا يوجد بدون الفعل اي القعدة واتمام
الصلاة واجب ومن لا يتم الواجب الا به فهو واجب فالقعدة واجبة اي فرض فان قيل هذا خبر واحد وهو يفيد الحقيقة لا يفيد
الفرضية فكيف لا يتقيد مع هذا التكليف العظيم اجيب بانه قوله تعالى اقيموا الصلاة مجمل وخبر الواحد لحق بيانا به والمجمل
من الكتاب اذا لحقه البيان كالحكم وكان الظن بعده مضافا الى الكتاب لا الى البيان في الصحيح وقد قررنا ذلك في التقرير لا يقال
فليكن الامر في قراءة الفاتحة كذلك فيكون واجبة لان النص القراءة ليس لمجمل بل هو خاص فيكون الزيادة عليه نسخا بخبر الواحد وهو
لا يجوز وفيه وجه وهو ان خبر الواحد اذا كان ملتقى بالقبول جاز اثبات الركنية به فاولى ان يجوز اثبات الفرضية لان درجات
الركنية اعلى وقد ثبتت ركنية الوقوف بعرفات بقوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفة والوقوف معظم اركان الحج لا محالة والمصنف
رحمه الله جعل القعدة من فرايض الصلاة حيث ذكر فيها في زمان عين بخبر يلتقى بالقبول قال وما سوى ذلك فهو سنة اي ما
سوى ما ذكرنا من الفرايض فهو سنة اطلق لفظ القدوري اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة الى اخره فلا يكون اطلاقا
صحيحا والعذر ما ذكره بقوله وتسميتها سنة في الكتاب اي القدوري لما انه ثبتت وجوبها بالسنة واعلم ان المراد بالواجبة
ما تجوز الصلاة بدونه ويجب بتركه ساهيا سجدة السهو وبالسنة ما فعله النبي عليه السلام بطريق المواظبة ولم يتركها الا لعذر
كالثنا والتعوذ وتكبيرات العيد والسجود وللصلاة اداب والادب فيها ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم مرة او مرتين
ولم يواظب عليه كزيادة التسبيحات في الركوع والسجود على الثلاثة والزيادة على القراءة المسنونة قوله ومراعاة الترتيب فيما
شرع مكررا يعني في الركعة الواحدة كالسجدة الثانية من الركعة الاولى فان من تركها ساهيا واقام واتم صلاته ثم تذكر فان
عليه ان يسجد السجدة المتروكة ويسجد للسهو لترك الترتيب وقوله فيما شرع مكررا احتراز عما شرع غير مكرر كالركوع فانه بعد السجود
لا يقع معتدا به كالركوع بالاجماع وقوله وهذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس في تكبيرات العيدين وقنوت الوتر
فانه لا يجب السجدة على من تركها ساهيا لانها سنة بتركها لا يتمكن كثير نقصان في الصلاة كما اذا ترك الثنا والتعوذ لان مبنى الصلاة
على الافعال دون الاركان ووجه الاستحسان وهو الصحيح ان هذه السنة تضاف الى جميع الصلاة يقال تكبيرات العيد وقنوت الوتر
فاما تكبيرات الركوع وثنا الافتتاح فغير مضاف الى جميعها فبتركها لا يتمكن النقصان فيها كذا في الشروح وفيه نظر لانهم قالوا المراد
بالواجبة ما تجوز الصلاة بدونه ويجب سجدة السهو بتركه ساهيا وهذه الاذكار مما تجب السجدة بتركها ساهيا والصلاة
بدونها جواز فيكون واجبة وليس كذلك والجواب ان ذلك على وجه القياس ويعرف من هذا ان كل ما هو واجب يجب سجدة السهو
بتركه ساهيا وبالعكس على وجه القياس واما على وجه الاستحسان فلا ينعكس فانه ليس كل ما يجب السجدة بتركه واجبا فانها تجب
بترك سنة مضافة الى جملة الصلاة كما ذكرنا فان قيل قراءة التشهد في القعدة الاولى واجبة ذكره في باب سجود السهو من هذا الكتاب
ولم يذكره وكذلك تعديل الاركان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اجيب بان المقصود لم يكن ذكر جميع الواجبات بل بيان ان ما

سوى المذكور ليس منحصرا في السنة وذلك يحصل بازاء صورة واحدة وقيل قوله وتسميتها سنة في الكتاب لما انه ثبت وجوبها بالسنة ليس بجيد
لانه يلزم فيه الجمع بين الحقيقة والمجاز لانه ح يكون المراد به السنة والواجب ايضا لا يثبت بالسنة واجيب بان الجمع بين الحقيقة والمجاز
جايز اذا كانا في محلين مختلفين على مذهب بعض العراقيين والشيخ ابو الحسن القدوري فلا يرد عليه واما صاحب الهداية فقد تبعه في
ذلك وقلما ظاهر والحق انه ليس من باب الجمع بينهما بل المراد بقوله لهو سنة ثابتة بالسنة والواجبات والسنن المذكورة في هذا الكتاب
داخلة تحت هذه اللفظة بطريق الحقيقة وقوله واذا شرع في الصلاة كبر اي واذا اراد الشروع لان التحريمة ليست بعد الشروع
بل الشروع يتحقق بها قال محمد في المبسوط اذا اراد الرجل الدخول في الصلاة كبر وقوله لما تلونا اراد به قوله تعالى وربك فكبر
وقال علم معطوف على قوله لما تلونا معنى والتحريمة مصدر حرم وهذا مضاف الى فاعله وهو الصلاة ولا يقدر له مفعول لان المقصود
اثبات التحريم لها لا ايقاعه على شيء اخر وقوله التكبير لا يصح ان يكون محمولا على تحريمها ولا يصلح العكس ايضا على ظاهر الكلام لان تحريم
الصلاة بالتكبير ولكن جعل التكبير عين التحريمة مبالغة وهو اي التكبير شرط عندنا خلافا للشافعي قوله حتى ان من يحرم بيان
فايدة الاختلاف عندنا لما كانت التحريمة شرطا جاز اداء النفل بتحريمة الفرض وعنده لما كانت ركنا لم يجز ذلك فان ارادة الصلاة شرط
واحد يجوز ويكون واحد لا يجوز فان قيل الاقسام العقلية اربعة بنا الفرض على الفرض وبنا الفرض على النفل وبنا النفل على النفل وبنا النفل على الفرض
وهو المذكور في الكتاب فهل يجوز غيره من الاقسام الباقية اولا فالجواب ان بنا الفرض على الفرض جوزه ابو اليسر فانه في مبسوطه
لو شرع في الظهر واتمها ولم يسلم وبنا عليها العصر فاني عنه اجزاه ونفاه القاضي ابو زيد في الاسرار وفخر الاسلام في اول الجامع الصغير
وبنا النفل على النفل يجوز واما بنا الفرض على النفل فلم يوجد فيه رواية والظاهر عدم الجواز لان بنا المثل والاضعف على
الاقوى معقول وموافق للاصول لان الشيء لا يجوز ان يستتبع مثله او ما هو دونه واما ان يستتبع ما هو فوقه فلا يجوز لان فيه جعل
الاقوى تابعا للادنى فان قلت قولكم الشرط يعتبر وجوده لا وجوده قصدا يقتضي جواز هذه الصورة كالصور الباقية فالجواب
ان وجود الشرط لا يوجب المشروط الى اخره وهو ما ذكرنا من اتباع القوي الضعيف موجود فكان ممتنعا هو اي الشافعي رحمه الله
يقول يشترط لها ما يشترط لساير الاركان من الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والنية والوقت وهو ظاهر وكل ما يشترط له
ما يشترط لساير الاركان فانه ركن قياسا على كل واحد من الاركان ولنا قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى عطف على الصلاة الذكر ولو كانا
ركنا لما جاز ذلك لانه يلزم عطف الكل على الجزء وفيه عطف الشيء على نفسه لاشتمال الكل على جزئه ولهذا اي ولانه ليس بركن
لا يتكرر كتكرر الاركان في كل صلاة كالركوع والسجود قوله ومراعاة الشرائط جواب عن قوله يشترط لها ما يشترط لساير الاركان
ووجهه ان اشتراط ذلك ليس للتحريمة نفسها وانما لما يتصل به من القيام الذي هو ركن الا ترى ان الاداء لما انفصل عن الاحرام في باب الحج لم
يشترط للاحرام ساير شرائط الاركان فان الوقت شرط لاداء ساير الاركان ولا يشترط للاحرام عندنا والاختلاف فيهما على نسق واحد
قال ويرفع يديه مع التكبيرة وهو سنة رفع اليدين في اول الصلاة سنة بلا خلاف لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه من الترك وهو
علامة السنة بخلاف ما اذا كان بلا ترك فان ذلك دليل الوجوب على ما سياتي واختلفوا في افضلية وقت الرفع فقال شيخ الاسلام
وقاضي خان مقارنا للتكبير ولفظ الكتاب يشير اليه وهو المروي عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي والمروي عبارة عن القول والمحكي
عن الفعل وقال شمس الايمة السرخسي والذي عليه مشايخنا انه يرفع يديه اولا فاذا استقرتا في موضع المحاذاة كبر وجعله المصنف
اصح لان في فعله وقوله معنى النفي والاثبات لانه ينفي بفعله الكبرياء عن غير الله تعالى ويثبت بقوله تعالى فيكون النفي
متقدما على الاثبات كما في كلمة الشهادة ولا يتكلف التفريق بين الاصابع عند رفع اليد بل يتركها على ما هي عليه بين الضم
والتفريق وما روي انه صلى الله عليه وسلم كان ينشر الاصابع معناه لا ينشرها عن طيها قوله ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي
اذنيه ظاهر ومذهبنا قول ابي موسى الاشعري ومذهب الشافعي قول ابن عمر ذكره شمس الايمة السرخسي قوله ولان رفع اليد
لاعلام الاصم ايضا زيادة قوله ايضا لدفع التناقض صورة لانه ذكر اولا ان معنى رفع اليدين نفي الكبرياء عن غير الله فلا يكون
لغيره وكانه يحوم حول ان المعلول الواحد لا يكون له علتان مستقلتان ويجوز ان يكون علته مركبة فاذا قال ايضا كان نفي الكبرياء واعلام
الاصم علة واحدة مركبة لرفع اليد ثم اعتذر بان المصنف تابع شمس الايمة وقد ذكره كذلك فاذا ابهم ترك التكلف وتقسيم المعنى
وقيل لو كان لاعلام الاصم لما اتى به المنفرد واجيب بان الاصل هو الاداء بجماعة قال الله تعالى واركعوا مع الراكعين فيكون الانفراد
نادرا على ان حكم الحكم لا يراعى في كل فرد فان قيل فعلى هذا يجب ان لا ياتي به المقتدي اجيب بان الاصم يجوز ان يكون في اخر الصفوف
قوله وهو ما قلناه اي اعلام الاصم ما قلناه من رفعها حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه قوله وما رواه يعني من حديث
ابي حميد يحمل على حالة العذر روي عن وايل بن حجر انه قال قدمت المدينة فوجدتهم يرفعون ايديهم الى الاذنين ثم قدمت عليهم من
القابل وعليهم الاكسية والبرانس من شدة البرد فوجدتهم يرفعون ايديهم الى المناكب وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن
ابن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله انها ترفع يديها حذاء اذنيها كالرجل لان رفع اليد انما يكون بكفها وكفها ليست بعورة فكانت هي
والرجل في رفع اليدين سواء بخلاف ساير الاعضاء ووجه الصحيح ما ذكره انه استر لها قوله فان قال بدل التكبير يدل على ان
الاصل هو التكبير اعلم ان الشارع في الصلاة اذا قال الله اكبر كان شارعا في الصلاة بلا خلاف وكذلك اذا قال الله الاكبر خلافا
لمالك رحمه الله وكذلك اذا قال الله الكبير خلافا له وللشافعي واذا قال الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او قال الحمد لله
لو

او سبحان الله او لا اله غيره فقد قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله اجزاه وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان يحسن التكبير اي بكلمة ان يقول
الله اكبر والله الاكبر والله الكبير لا يجوز وان لم يحسن جاز قال مالك رحمه الله يقول الاصل في ذلك التوقيف والمنقول فيه هو الاول
فلا يجوز غيره والشافعي يقول ادخال الالف واللام فيه اي في الخبر وهو اكبر ابلغ في الثنا لان تعريف الخبر يقتضي حصره في المبتدا
كما في قولك زيد العالم وقد عرف في موضعه فيكون ما ادخل فيه من المبالغة يقابله فيما فاته من كونه منقولا فيجزيه العارف بما زاد قائم
مقامه وابو يوسف ان افعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء لان اثبات الزيادة ليس بمراد في صفات الله تعالى لعدم
مساواة احد اياه في اصل الكبرياء حتى يكون افعل للزيادة كما في اوصاف العباد فيكون افعل وفعيل سواء ولهما ان التكبير هو التعظيم
لغة قال الله تعالى فلما راينه اكبرنه اي عظمنه وهو حاصل بما ذكرنا من الالفاظ هذا بنا على ان الفرض عمل اللسان والتكبير اليه فيجوز
ان يلحق به غيره اذا كان في معناه وقد قدرناه في التقرير وعلى هذا اذا قال الله يصير شارعا لان فيه معنى التعظيم لكونه مشتقا
من الاله وهو التحير وقال محمد لا يصير شارعا لان تمام التعظيم انما يكون بذكر الاسم والصفة جميعا والجواب ان مناط الحكم
حصول التعظيم لا تمامه ولم يذكر انه اذا شرع بتلك الالفاظ هل يكره اولا وقال بعضهم يكره قال في النهاية وهو الاصح كذا في المحيط
قوله وان افتتح الصلاة بالفارسية اعلم ان الافتتاح بالفارسية والقراة بها في الصلاة والتسمية بها على الذبيحة جايز عند
ابي حنيفة رحمه الله سواء كان قادرا على العربية او لم يكن وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان احسن العربية لا يجزيه الا في الذبيحة
وان لم يحسنها اجزاه ان الجميع محمد مع ابي حنيفة في الافتتاح بالعربية فانه جوزه باي لفظ كان من اسما الله تعالى على ما تقدم ومع ابي
يوسف في الفارسية حيث لم يجوزه بالفارسية قال لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها قال النبي صلى الله عليه وسلم في معرض تفضيل
لسان العرب على غيره انا عربي والقران عربي ولسان اهل الجنة عربي واما الكلام في القراة فوجه قولهما ان القران اسم لمنظوم عربي لما نطق
به النص وهو قوله تعالى انا انزلناه قرانا عربيا والقران هو المامور بقراته في الصلاة قال الله تعالى فاقروا ما تيسر من القران
على ما سيجي هذا يقتضي ان لا يترك حالة العجز ايضا الا ان عند العجز يكتفي بالمعنى فلا يلزم تكليف ما ليس في الوسع وصار كمن يعجز عن
الركوع والسجود فانه جاز له الايما بخلاف التسمية فان المقصود بها الذكر قال الله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه
وهو يحصل بكل لسان سواء كان يحسن العربية او لم يحسن في قولهم جميعا وكذلك الشهادة عند الحكام واللعان والعقود تصح بلا خلاف
وروي عن الشافعي رحمه الله في القراة كقولهما وروي انه لا يجوز لكنه ان كان لا يحسن العربية فهو امي يصلي بغير قراة ولو قرا
بالفارسية فسدت صلاته لانها من كلام الناس ولابي حنيفة قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن القران بنظمه لا محالة
فتعين ان يكون بمعناه فيها والمقروء بالفارسية على سبيل الترجمة مشتمل على معناه فيكون جايزا الاكتفا به فان قيل قوله تعالى
انا انزلناه قرانا عربيا محكم لا يقبل التاويل وقوله تعالى لفي زبر الاولين محتمل لان بعض المفسرين ذهب الى ان الضمير للنبي
عليه السلام فكيف يترك المحكم اجيب بانه تاويل بعيد يفضي الى التعقيد اللفظي بتفكيك الضماير في قوله تعالى وانه لتنزيل
رب العالمين الى اخره والكلام المعجز مصون عن ذلك فان قيل سلمناه وبها في الاحكام لكنهما يكونان متعارضين فمن اين تقوم
الحجة فالجواب بان اعمال الدليلين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فيحمل قوله وانه لفي زبر الاولين على حالة الصلاة لانها حالة
المناجاة والاستغال بنظم خاص يذهب بالرقة ويحمل قوله انا انزلناه قرانا على غير حالة الصلاة وقد قررناه في التقرير ابسط
من هذا قوله ولهذا اي ولكون القراة لم يكن في الزبر بهذا النظم جازت القراة بالفارسية عند العجز لا يجعل غير القران قرانا
قوله الا انه يصير مسيئا استثنا من قوله اجزاه عند ابي حنيفة رحمه الله لمخالفة السنة المتواترة وهي القراة بالعربية قوله
هو الصحيح احتراز عن قول ابي سعيد البردعي فانه قال انما جوز ابو حنيفة رحمه الله القراة بالفارسية دون غيرها من الالسنة لقرب الفارسية
من العربية قال الكرخي والصحيح النقل الى اي لغة كانت وقوله لما تلونا يعني من قوله وانه لفي زبر الاولين فانه كما لم يكن فيها بلغة العرب
كذلك لم يكن فيها بالفارسية ولان الاعتماد على المعنى عند النقل والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات قوله والاختلاف في الاعتداد
يعني في انه اذا قرا بالفارسية هل يكون محسوبا عن فرض القراة اولا ولا خلاف في عدم الفساد قوله ويروى رجوعه روى ابو
بكر الرازي ان ابا حنيفة رجع الى قولهما وعليه الاعتماد لنزوله منزلة الاجماع والتشهد والخطبة على هذا الخلاف اي يجوز قراتهما
بالفارسية عند ابي حنيفة خلافا لهما قوله وفي الاذان يعتبر التعارف قيل جواب عما يقال لما جازت القراة في الصلاة لكونها ركنا اعظم
خطرا من الاذان لكونه سنة والاذان لا يجوز بغير العربي فكيف جازت قراة القران ووجهه ان الامام عدم جواز الاذان مطلقا بل
يعتبر فيه التعارف فان الحسن روى عن ابي حنيفة انه لو اذن بالفارسية والناس يعلمون انه اذان جاز وان كانوا لا يعلمون لا يجوز
لعدم حصول المقصود وهو الاعلام وكذا ذكر في الاسرار وقوله وان افتتح الصلاة باللهم اغفر لي بيان ان الشروع بغير اللفظ المخصوص
انما يصح اذا كان ثنا خالصا واما اذا كان مشوبا بحاجة فلا يجوز بالاتفاق فقوله اللهم اغفر لي لا يكون شارعا لانه مشوب بحاجة
فلم يكن تعظيما خالصا وان قال اللهم فقد اختلف فيه قيل تجزيه لان معناه يا الله فتمحض ذكرا وهو قول اهل البصرة وقيل لا تجزيه
لان معناه يا الله امنا بخير اي قصدنا بخير وهو قول اهل الكوفة فلم يكن تعظيما خالصا قيل والاول اصح بدليل قوله تعالى واذ قالوا
اللهم ان كان هذا هو الحق من عندك ولو كان معناه اقصدنا بخير فسد المعنى قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى الاعتماد
الاتكا وتفسير الاعتماد ان يضع وسط كفه اليمنى على ظهر وسط كفه اليسرى قوله ويعتمد الى اخره يشير الى الاعتماد وهو

الوضع كما ذكرنا وفيه خلاف مالك رحمه الله فانه يقول بالارسال روي انه جعل الارسال عزيمة والاعتماد رخصة والموضع الوضع هو
تحت السرة وعند الشافعي رحمه الله الافضل ان يضع يديه على الصدر كقوله تعالى فصل لربك وانحر فان اهل التفسير قالوا المراد به
وضع اليمين على الشمال على الصدر ولنا ما روي انس رضي الله عنه ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو كما ترى حجة
على مالك في الارسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر والمراد به قوله تعالى وانحر والاضحية بعد صلاة العيد ولان الوضع تحت
السرة اقرب الى التعظيم وابعد من التشبه باهل الكتاب وهو التعظيم هو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعن محمد انه سنة القراءة وثمرته تظهر في المصلي بعد التكبير فعندهما لا يرسل حالة الثنا وعند محمد يرسل فاذا اخذ في
القراءة اعتمد والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا قوله هو الصحيح احتراز عن قول الفضلي واصحابه فان الفضلي
ان السنة في صلاة الجنازة وتكبيرات العيد والقومة التي بين الركوع والسجود هو الارسال وقال اصحابه السنة في هذه المواضع
الاعتماد والصحيح ما قال شمس الائمة الحلوائي وهو الذي اشار اليه في الكتاب ان كل ذكر مسنون فالسنة فيه الارسال فيرسل في القومة
عن الركوع وبين تكبيرات الاعياد وبه كان يفتي شمس الائمة السرخسي وبرهان الائمة والصدر الشهيد وذكر في فتاوى قاضي خان
ولما فرغ من التكبير يضع يده اليمنى على اليسرى تحت السرة وكذا في تكبيرات العيد وتكبيرات الجنازة والقنوت ويرسل في القومة
وقوله ثم يقول اي المصلي سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك ومعناه سبحتك يا الله بجميع آلائك وبحمدك
سبحتك وتعاظم اسمك عن صفات المخلوقين وتعالى عظمتك ولم يزد على ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف
اولا وعنه انه يضم اليه قوله تعالى وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا وما انا من المشركين ان صلاتي ونسكي ومحياي
ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا من المسلمين قال شيخ الاسلام ولو قال وانا اول المسلمين اختلف المشايخ فيه
منهم من يقول تفسد صلاته لانه كذب في صلاته ومنهم من يقول لا تفسد لانه يحمل على انه اراد به قراءة القرآن لا الاخبار بنفسه وقوله
يضم اشارة الى انه ان شاء قدم على الثنا وان شاء اخره عنه لان الضم صادق عليهما وهو رواية عن ابي يوسف وعنه ان البداية بالتسبيح
اولى لقوله تعالى وسبح بحمد ربك حين تقوم ووجه قوله ما روي عن علي رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم كان يقول ذلك فاذا ورد
الاخبار بهما يجمع بينهما عملا بالاخبار ووجه قولهما ما روى انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة كبر وقرا
سبحانك اللهم الى اخره ولا يزيد على هذا فيحتاج الى تاويل ما رواه وهو انه محمول على التهجد فان الامر فيه واسع فاما في الفرائض
فلا يزيد على ما اشتهر فيه الاثر ولهذا لا يؤتى بقوله جل ثناؤك في الفرائض لانه لم يذكر في المشاهير وقوله والاولى ان ياتي بالتوجيه
اي بقوله وجهت وجهي بعد النية قبل التكبير ليتصل النية به اي بالتكبير وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض المتاخرين انه يقولها
قبل التكبير منهم الفقيه ابو الليث لانه ابلغ في العزيمة وليكون عملا بما روي في الاخبار ووجه الصحيح انه يؤدي الى تطويل مكثه في
المحراب فالامام يستقبل القبلة ولا يصلي وهو مذموم فانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما لي اراكم سامدين وقوله
ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم خلافا لمالك فانه لا يرى بذلك لما روي عن انس رضي الله عنه انه قال صليت مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم وخلف ابي بكر وعمر رضي الله عنهما وكانوا يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين ولنا قوله تعالى فاذا قرات القرآن فاستعذ الاية
وظاهره يقتضي ان يكون فرضا كما قال عطا الا ان السلف اجمعوا على انه سنة واما اذا كان معناه اذا اردت قراءة القرآن
نفيا لقول بعض اصحاب الظواهر انه يتعوذ بعد القراءة عملا بحرف الفاء فانه ليس بصحيح لما روى ابو سعيد الخدري رضي الله عنه
انه صلى الله عليه وسلم يتعوذ قبل القراءة وقيل الفاء هنا للحال كما يقال اذا دخلت على الامير فتادب اي اذا اردت الدخول وليس واضح
وقوله والاولى بان لفظ يتعوذ به فان فيه للقراءة نقلا فاختار الفقيه ابو جعفر الهندواني ان يقول استعيذ بالله ليوافق
القرآن اي الدليل الدال على التعوذ من القرآن وهو قوله تعالى فاستعذ فانه امر من الاستعاذة ويقرب منه لاشتراكهما في الحروف
الاصول وكانه احتراز عن قول من يقول اعوذ بالله العظيم السميع العليم من الشيطان الرجيم وهو رواية حفص من طريق هبيرة
لان قوله ان الله هو السميع العليم ثنا وبعد التعوذ محل القراءة لان محل الثنا ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثنا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله تعالى لما تلونا من قوله فاذا قرات القرآن الاية فياتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد وعند ابي يوسف
هو تبع للثنا لانه شرع بعد الثنا وانه من جنسه لانه دعا كالاول وتبع الشي ما بعده فينبغي ان ياتي المقتدي به قوله ويقرا بسم الله
الرحمن الرحيم معطوف على قوله ويستعيذ قوله ويسر وهكذا اتفاق المشاهير احترازا عن قول مالك وما احتج به فانه يقول لا ياتي بالتسمية
لا سرا ولا جهرا لما روينا من حديث انس وقوله ويسر بهما اي بالتعوذ والبسملة لقول ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام
وذكر منها التعوذ والتسمية وامين وقال الشافعي يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جهر بالتسمية في صلاته
رواه ابو هريرة قلنا هو محمول على التعليم كما شرع الجهر بالتكبير للاعلام لما روي عن عمر رضي الله عنه انه جهر بالثنا بعد التكبير للتعليم لان
انس رضي الله عنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف ابي بكر وعمر وعثمان فلم اسمع احدا منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم
واذا تعارضت الاثار وجب التاويل وهو كما قلنا من الحمل على التعليم وقيل كان الجهر في الابتدا قبل نزول قوله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية
فانهم كانوا يجهرون بالثنا والقراءة ايضا حتى نزل قوله تعالى ولا تجهر بصلاتك فان قيل خبر الاخفا بالتسمية مما يعم به البلوى كحديث مس
الذكر فان الصلاة التي يجهر فيها بالقراءة ثبتت في كل يوم وليلة فلو كان هذا الحديث ثابتا في الصدر الاول لاشتهر ولو اشتهر لما بقي الاختلاف

قيام فيه

في

في الصدر الاول وما بقي الاختلاف فيه مع عموم البلوى دل على زيافته كما في خبر الزكاة في مال الصبي اجيب بان الاحاديث التي تدل على ثبوت
الحصر وتوجب الاختلاف فهذا ذكرنا والتاويل يرفع الاختلاف فلم يكن حينئذ في الصدر الاول اختلاف وفيه نظر لان رفع التاويل اللاحق للاختلاف
السابق ممنوع والصواب ان يقول هذا الاعتراض ساقط بمعارضة فان للغافل ان يقول خبر الجهر بالتسمية ايضا مما يعم به البلوى الى اخره
وقوله يشير بها الى ان البادية وقع سهوا لانه يقال اسر الحديث بلا با قال الله تعالى سواء منكم من اسر القول ومن جهر به ثم عن ابي حنيفة انه
لا ياتي بها في اول كل ركعة كالتعوذ وهو رواية الحسن عنه لانها ليست باية من اول الفاتحة وانما يقرا لافتتاح الصلاة والصلاة الواحدة
كالفعل الواحد ولهذا ابو تراك الواقع في اول الاخرى يكتفي بها مرة واحدة وعنه اي عن ابي حنيفة وهو رواية ابي يوسف انه ياتي بها احتياطا
لان العلماء اختلفوا في التسمية انها من الفاتحة اولا ولا ياتي بها بين السورة والفاتحة الا عند محمد فانه ياتي بها في صلاة المخافتة لانه اقرب الى متابعة
المصحف ولا ياتي بها فيما يجهر لئلا يختلف نظم القرآن قال ثم يقرا فاتحة الكتاب وسورة واختلف العلماء فيما هو الركن من القراءة فذهب علماؤنا
رحمهم الله الى ركنية قراءة اية والشافعي رحمه الله الى ركنية الفاتحة ومالك الى ركنية الفاتحة وسورة معها له قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة
الكتاب وسورة معها ووجه الاستدلال به ظاهر والجواب ان الركن لا يثبت الا بدليل قطعي وخبر الواحد ليس بقطعي لكنه يوجب العمل به فقلنا به وللشافعي
قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وهو كالاول ولنا قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن ووجه الاستدلال به ان قوله من القرآن مطلق
ينطلق على ما يسمى قرانا فيكون ادنى ما ينطلق عليه القرآن فرضا لكونه مامورا به فان قراءته خارج الصلاة ليست بفرض فتعين ان يكون في الصلاة
وفي الاية كلام سؤالا وجوابا ذكرناه في التقرير وقوله والزيادة بخبر الواحد جواب لمالك والشافعي كما ذكرناه فان قيل لا نسلم انه خبر واحد بل
هو مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة به اجيب بالمنع لان المشهور ما يتلقاه التابعون بالقبول وقد اختلفوا في هذه المسالة بانه تناوله
لاحتماله لكونه مذكورا لنفي الجنس او لنفي الفضيلة كما في قوله لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وكان ظني الدلالة فلا يجوز به الزيادة واذا قال الامام ولا
الضالين قال الماموم امين وانما قال ذلك لشبهة الفقيه مع مقتضى ظاهر الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا
امين كما هو مذهب الامام مالك لانه عليه السلام قال في اخره فان الامام يقولها اي كلمة امين ويخفونها اي الامام والمقتدي لما روينا عن حديث ابن
مسعود رضي الله عنه يريد به ما تقدم لقول ابن مسعود اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وامين ولانه دعا فيكون مبناه على الاخفا
كما في خارج الصلاة قال الله ادعوا ربكم تضرعا وخفية قيل من مذهب ابي حنيفة ان الامام لا يقولها اصلا لانه داع والداعي لا يؤمن فكيف يستقيم
القول باخفائها واجيب بان ابا حنيفة عرف ان ابا حنيفة لا ياخذون بقوله لرجحه قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ففرع الجواب على قولهما
كما في باب المزارعة على ما سيجيء والحق ان ذلك غير ظاهر الرواية فما ذكره في الكتاب بانه يقولها ويخفيها وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود رضي الله
عنهم قال ابن مسعود ترك الناس الجهر بالتامين وما تركوا الا لعلمهم بالنسخ والجواب عن قوله ان الداعي لا يؤمن انه ممنوع فان التامين
في الجهر به منافى قوله صلى الله عليه وسلم اذا امن الامام فامنوا بانه علق تامين القوم بتامينه وهو يدل على كون تامينه مسموعا ليس بقوي
لان تامينه يعرف اذا فرغ من قوله ولا الضالين فلا يلزم ان يكون مسموعا والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطا فاحش قال في التجنيس
تفسد به صلاته وقيل عندهما لا تفسد لانه يوجد في القرآن في قوله تعالى ولا امين البيت الحرام قال ثم يكبر ويركع المصلي بعد ما فرغ
من قراءته يكبر ويركع وهذه رواية القدوري وهذا يقتضي ان يكون التكبير في محض القيام وبه قال بعض مشايخنا ومن دأب المصنف
في هذا الكتاب ان يصرح بلفظ الجامع الصغير اذا وقع نوع مخالفة بين روايته ورواية القدوري فذكر قوله وفي الجامع الصغير يكبر وفي
مع الانحطاط فانه يقتضي مقارنة التكبير للركوع لان مع محكم في المقارنة وبه قال بعض اخر وقوله لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر
عند كل خفض ورفع دليل قوله ثم يكبر والمراد بالخفض والرفع ابتدا كل ركن وانتهاؤه ومعناه الله اعظم من ان يؤدى بهذا القدر من
العباد ولا ينافي هذا الحديث يدل على ان ما يفعل عند رفع الراس من تسميع الامام وتحميد المقتدي ليس بمشروع لم يفعله النبي صلى الله عليه
وسلم لان هذا حكاية عن فعله عليه السلام من الراوي فلا ينافي رضى فقوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد
فيحمل قولهم على ان المراد بقولهم ورفع بعضه لاحتماله ولان كلمة كل لم تباشر فان قيل مما يفعل بما روي في نوعية يسومية وعملوا به ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم ما كبر حال الركوع وانما كبر اذا رفع راسه منه اجيب بانه على تقدير ثبوته رجحنا ما روينا لانه اثبت
منا واتقن رواة لانه رواه علي وابن مسعود وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم وما رواه فراويه عبد الرحمن ابن ابزي رضي الله عنه ويحتمل
انه صلى الله عليه وسلم كبر الا ان عبد الرحمن لم يسمع ويسمع غيره وهو مما يعم به البلوى فلا يكون وحده فيه حجة وقوله ويحذف التكبير حذفا
اي لا يمد في غير موضع المد لان المد في اوله خطا من حيث الدين لكونه استفهاما فيكون شاكا في كبرياء الله وهو كفر اذا تعمد به وفي اخره لحن من حيث
اللغة اي عدول عن سنن الصواب في اللغة لان افعل التفضيل لا يحتمل المد لغة فان فعل لا يكون شارعا في الصلاة عند بعض مشايخنا
وهو قول الفقيه ابو جعفر وتفصيل الكلام في ذلك ان الله اكبر مركب من لفظين ولكل منهما اول واخر ومد الاول والاخر من الاول عمدا الكفر
لشكه في كبريائه وغير مدمد منه للصلاة وفيه نظر لان الهمزة يجوز ان تكون للتعريف فلا يكون هناك الكفر والثاني مد الاخر منه لا يضر لانه
اشباع والحذف اولى ومد الاول من الاخر اولى كمد الاول من الاول ومد الاخر ثم اختلف فيه قال بعضهم يفسد الصلاة ويحرم الرامي التكبير
لما روي عن ابراهيم النخعي موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الاذان جزم والاقامة جزم والتكبير جزم وقوله ويعتمد
بيديه على ركبتيه ظاهر قوله الا في حالة السجود يعني انه يضم فيها ليقع رءوس الاصابع مواجهة للقبلة وقوله فيما وراء ذلك اي فيما وراء الركوع
والسجود وهو حالة الافتتاح والتشهد ترك على العادة اي لا يضم كل الضم ولا يفرج كل التفريج وقوله صلى الله عليه وسلم اذا ركع بسط ظهره

روت عائشة رضي الله عنها انه كان يعتدل حتى لو وضع على ظهره قدح من ما لا يستقر وقوله ولا يرفع راسه ولا ينكسه معناه يسوي راسه
لانه مامور بالاعتدال وذلك بتا ويا وقوله لا يصوب راسه اي لا يخفضه ولا يقنعه اي لا يرفعه وانما فسر قول محمد رحمه الله وذلك
ادناه بقوله ادنى كمال الجمع جمعا بين لفظ المبسوطين فانه ذكر الآية وقال في مبسوطه لم يرد بهذا اللفظ ادنى الجواز انما المراد به ادنى الكمال فان
الركوع والسجود كيدو ان هذا الذكر الا على قول ابي مطيع يعني تلميذ ابي حنيفة وشيخ الاسلام قال في مبسوطه يريد به ادنى من حيث جميع العدد
فان اقل جمع العدد ثلثة والمصنف جمع بينهما فقال ادنى كمال الجمع فان قيل المشهور ان مثله ادنى الجمع ثلثة في معنى كمال الجمع فالجواب ان ادنى
الجمع لغة ينصور في الاثنين لانه فيه جمع واحد مع واحد واما كماله فهو الذي يكون ثلثة لان فيه معنى الجمع لغة واصطلاحا وشرعا فان قيل كمال
الجمع ليس بمذكور ولا في حكمه فيرجع الضمير الى غير مذكور اجيب بانه سبق ذكره دلالة بذكر الثلاث فان زاد على الثلاث فهو افضل لكن على وجه
لا يمل القوم اذا كان اماما لئلا يصير سببا للتنفير المذكور وان نقص جاز ويكره فيما روي عن محمد وقال ابو مطيع فسدت صلاته لانه ركن مشروع
فوجب ان يحله ذكر مفروض كما في القيام والجواب انه يلزم الزيادة على قوله تعالى اركعوا واسجدوا بالقياس وهو لا يجوز ثم يرفع راسه ويقول سمع
الله لمن حمده اي قبل الله حمد من حمده فان السمع يستعمل للقبول يقال سمع الامام كلام فلان اذا قبل والهاء في حمده قيل للسكتة وهو المنقول عن الثقاة
وقيل كناية ويقول المؤتم ربنا لك الحمد وهو اظهر الروايات وروي ربنا ولك الحمد وروي اللهم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة
وقالا يقولها الامام في نفسه لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين وكان اغلب احواله الامامة وقوله
وكان اي الامام حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد ووجه الاستدلال
ما قال هذه قسمة وانها تنافي الشركة فان قيل هذا الحديث يعارضه ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام وعد منها التحميد
اجيب بانه قال في الاسرار بانه غريب اوبان الرحمن بحديث القسمة لانه مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم برواية موسى الاشعري رضي
الله عنه وفيه نظر لانه ان كان غريبا او موقوفا لم يكن حجة وقد تمسكنا به في اخفاء التامين فيما تقدم وقوله ولهذا اي ولان القسمة تنافي
الشركة لا ياتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولانه يقع تحميده اي تحميد الامام بعد تحميد المقتدي لان المقتدي ياتي بالتحميد
حتى يقول الامام التسميع فلا جرم يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة وقوله والذي رواه يعني ابا هريرة رضي الله
عنه انه صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين فهو محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بين الذكرين في الاصح وقوله في الاصح احتراز عن القولين
الاخرين المذكورين بعده احدهما الاكتفا بالتسميع والاخر الاكتفا بالتحميد وجه الاكتفا بالتسميع وهو رواية النوادر ان الامام ياتي بالتسميع
والمسبوق امام نفسه لان عليه القراءة كما على الامام ووجه الاكتفا بالتحميد وهو المذكور في الجامع الصغير ان الجمع بين الذكرين يقضي الى وقوع
الثاني في حالة الاعتدال ولم يشرع لانتقال الاعتدال ذكر مسنون كما في القعدة بين السجدتين قال يعقوب سالت ابا حنيفة رحمه الله عن الرجل
يرفع راسه من الركوع في الفريضة ان يقول اللهم اغفر لي قال ربنا لك الحمد وسكت وكذلك بين السجدتين يسكت ووجه الاصح وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة ما قال فخر الاسلام ان الحديث صح انه كان صلى الله عليه وسلم كان يجمع بينهما وحملناه على حالة الانفراد ولان المنفرد
ياتي بالتسميع لما ذكرنا انه امام في حق نفسه وهو حث على الحمد وحيث لا يجب يجب عليه ان يجيب وقوله والامام بالدلالة عليه انه بمعنى جواب
عن قولهما لانه حرض غيره الى اخره ومعناه ان الدال على الخير كفاعله ثم اذا استوى كبر وسجد اي اذا استوى المصلي من ركوعه كبر وسجد
اما التكبير والسجود فلما بينا يعني ما ذكر قبيل هذا من قوله صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع وما ذكر في اول الباب من قوله اركعوا
واسجدوا اعلم ان تعديل الاركان وهو الاستواء بعد الركوع ويسمى قومة والجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود اي القرار
فيهما ليس بفرض فيهما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يفترض ذلك ومقدار الطمانينة مقدار تسبيحة وهو قول الشافعي رحمه الله
وفائدة الخلاف تظهر في جواز الصلاة بدونه فعندهما يجوز وعند ابي يوسف لا يجوز ولم يذكر هذا الخلاف في ظاهر الرواية وانما ذكره المصنف في
نوادره واستدل ابو يوسف بحديث الاعرابي وهو قوله صلى الله عليه وسلم حين راه نقر نقر الديك قم فصل فانك لم تصل فنفى كونه صلاة بترك
التعديل وكان ركنا لان انتفاء غيره لا ينفيها وله قوله تعالى اركعوا واسجدوا والركوع هو الانحناء يقال ركعت النخلة اذا مالت والسجود هو
الانخفاض وذلك يحصل بدون الطمانينة فتعلق الركنية بالادنى فيهما ولا تجوز الزيادة بخبر الواحد بطريق الفرضية لانه نسخ وموضعه اصول
الفقه هذا اما يتعلق بالركوع والسجود واما القومة والجلسة بين السجدتين فقد اشار اليهما بقوله وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود بل
المقصود هو اداء الركن وقوله وفي اخر ما روي جواب عما حديث الاعرابي وتقريره ان النبي صلى الله عليه وسلم سمى ما صنعه الاعرابي حيث قال وما
نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلاتك فلو كان ترك التعديل مفسدا لما سماه صلاة كما لو ترك الركوع والسجود ولانه لو كان فاسدا كان الاشتغال
به عبثا وكان تركه عليه السلام الى الفراغ منه حراما فكان الحديث مشترك الالزام من الوجهين ثم اذا لم يكن التعديل عندهما فرضا فهل هو واجب او
فاما الطمانينة في الانتقال في القومة والجلسة فهي سنة عندنا واما الطمانينة في الركوع والسجود فتخريج الجرجاني سنة وفي تخريج الكرخي واجب
حتى يجب سجدة السهو بتركها عنده ووجه الجرجاني ان هذه طمانينة شرعت لاكمال الركن مقصود بنفسه واما هو كذلك فهو واجب كالقراءة بخلاف
الانتقال فانه ليس بمقصود كما تقدم ثم بين في كيفية السجود القيام منه ان يضع اولا ما كان اقرب الى الارض فيضع اولا ركبتيه ثم يديه ثم وجهه
وقال بعضهم يضع انفه ثم جبهته ويرفع اولا وجهه ثم يديه ثم ركبتيه وقوله ويعتمد بيديه على الارض فاعتمد ومعنى ادعم على راحلته اي اتكأ وهو
افتعال من دعمت الشيء اي جعلت له دعامة وقوله وسجد على انفه وجبهته تقديم الانف على الجبهة باعتبار ان الانف اقرب الى الارض فيضعه اولا
لما مر فان اقتصر على احدهما يعني الذي اقتصر عليه ان كان الجبهة بالاتفاق علمائنا ثلثا فالثاني وان كان الانف جاز عند ابي حنيفة ويكره ولم
يجز

يجز عندهما الا من عذر وهو رواية اسد بن عمرو عن ابي حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة اي على
اليدين والركبتين والقدمين والجبهة قيل كيف يستقيم الاستدلال بهذا الحديث وانه لو ترك وضع اليدين والركبتين جازت سجدته
بالاجماع وهذه الاربعة من تلك السبعة واجيب بان الاستدلال بهذا الحديث انما هو على ان محل السجدة هذه الاعضاء الا ان وضعها
لازم لا محالة والانف غير هذه الاعضاء المذكورة فلا يكون محلا للسجدة ولابي حنيفة ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه لان وضع جميعه
غير ممكن لان الانف والجبهة عظمان ناتيان يمنعان وضع جميع الوجه وهذا ظاهر واذا تعذر وضع البعض الا ان الخد والذقن خرجا
بالاجماع ان التعظيم لم يشرع بوضعهما فبقي الانف والجبهة تصلح محلا للسجود فكذلك الانف وهذا لان الانف لا يخلو اما ان يكون محلا
للفرض او لا سبيل الى الثاني لان الفرض ينتقل اليه بالاتفاق عند العذر ولو لم يكن محلا لما انتقل كالذقن بل انتقل الفرض الى الايما
فلما كان بها عذر فتعين الاول ويجوز الاقتصار عليه كالجبهة والمذكور فيما روي من الخبر هو الوجه في المشهور فيكون الانف والجبهة داخلين
على السواء ولو اكتفى بالجبهة جاز فكذا لو اكتفى بالانف ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود بدونهما لان السجدة اسم لوضع
الوجه على الارض وقد روي انه صلى الله عليه وسلم مثل الذي يصلي وهو عاقص شعره كمثل الذي يصلي وهو مكتوف فالتمثيل يدل على نفي
الكمال دون الجواز وقوله عندنا احتراز عن قول زفر رحمه الله وهو قول الشافعي ومختار الفقيه ابو الليث انه واجب لقوله صلى الله عليه
وسلم امرت ان اسجد على سبعة اعضاء والجواب ما تقدم ان هذا الحديث يدل على محل السجدة لا على ان وضع الجميع لازم واما وضع القدمين
فقد ذكر القدوري انه فرض في السجود فاذا سجد ورفع اصابع رجليه على الارض لا يجوز كذا ذكره الكرخي والجصاص ولو وضع احدهما جاز
قال قاضي خان ويكره وذكر الامام التمرتاشي ان اليدين والقدمين سواء في عدم الفرضية وهو الذي يدل عليه كلام شيخ الاسلام في مبسوطه وهو
الحق فان سجد على كور عمامته ظاهر وكور العمامة دورها وكل دور كور والصبيع بالسكون لا غير العضد وهي في بطنه اي يباعد والبهمة ولد
الشاة بعد السخلة فان اول ما يضعه سخلة ثم بهمة وقوله اذا سجد احدكم بالواو معطوف على اذا ركع احدكم لانهما في حديث واحد ثم
يرفع راسه ويكبر الرفع فريضة كما ان السجدة الثانية فرض فلا بد من رفع الراس ليتحقق الانتقال اليها والتكبير سنة لما روينا انه اي قوله
لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع وقوله وتكلموا اي المشائخ في مقدار الرفع فقال بعضهم اذا زايل جبهته عن الارض ثم
اعادها جاز ذلك عن السجدتين وقال الحسن بن زياد اذا رفع راسه بقدر ما يجري فيه الريح جاز وهو قريب من الاول وقال محمد بن سلمة لا يكون
عنهما ما لم يرفع جبهته مقدار ما يقع عند الناظرين انه رفع راسه ليسجد اخرى فان فعل ذلك جاز عن السجدتين والا يكون عن سجدة واحدة وفي
القدوري انه يكتفي بادنى ما ينطلق عليه اسم الرفع وجعل الشيخ الاسلام هذا الاصح وقال لان الواجب هو الرفع ويتحقق بالادنى فاذا وجد
ادنى ما يتناوله اسم الرفع بان رفع جبهته كان موديا لهذا الركن قال المصنف رحمه الله والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد
ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا فتتحقق السجدة الثانية يعني بعد ذلك المقدار من الرفع وهو المروي عن ابي حنيفة
ذكره في شرح الطحاوي وتكلم مشائخنا في كون الركوع في كل ركعة مرة والسجود مرتين فذهب بعضهم الى انه توقيفي واتباع الشرع من غير ان
يعقل له معنى وقد تعبد بالشرع بما لا يعقل له معنى تحقيقا للابتلاء ومنهم من ذكر لذلك حكمة فقال انما كان السجود مثنى ترغيما للشيطان
فانه امر بسجدة فلم يفعل فنحن نسجد مرتين ترغيما له واليه اشار صلى الله عليه وسلم في سجود السهو فقال هما ترغيما للشيطان وقيل في السجدة الاولى
يشير الى انه خلق من الارض وفي الثانية الى انه يعاد اليها قال الله تعالى منها خلقناكم وفيها نعيدكم وقوله وقد ذكرناه قيل اراد به قوله
كان يكبر عند خفض ورفع والمناسب لذلك ان يقول ما روينا ولعله اشارة الى قوله لما روينا وقوله ولا يقعد اي ولا يجلس جلسة خفيفة
لا يعتمد بيديه على الارض بل على ركبتيه وقال الشافعي رحمه الله يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما روي عن مالك ابن الحويرث
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رفع راسه من السجود قعد ثم نهض ولنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
على حالة الكبر يعني فعل ذلك حين ما كبر واسن على ما روي انه صلى الله عليه وسلم انه كان يقول لا تبادروني بالركوع والسجود فاني قد بدنت
وما رويناه محمول على حالة القدرة فيوفق بين الاخبار بهذا الوجه او يترك الاخبار كلها للتعارض ويعمل بالقياس وهو قوله في الكتاب ولان
هذه قعدة استراحة ولانه لا ياتي بالفصل بالفعل بالقعدة انما شرع اما بين السجدتين او بين الشفعين ولا حاجة الى واحد منهما والصلاة
ما وضعت لذلك ويفعل في الثانية مثل ما فعل في الاولى يفعل المصلي في الركعة الثانية مثل ما فعل في الركعة الاولى لانه اي الركعة
الثانية وذكر الضمير باعتبار الخبر تكرار الاركان والتكرار يقتضي اعادة الاول الا انه لا يستفتح قيل اي لا يقول سبحانك اللهم الى اخره
وليس هذا دعاء الاستفتاح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة واحدة لان رواة صلاة النبي صلى الله عليه وسلم ما رووه الا مرة واحدة
ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى وقال الشافعي رحمه الله يرفعهما عند الركوع وعند رفع الراس منه لما روي من حديث ابن عمر وغيره ان
النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ولنا ما روى الطحاوي باسناده الى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن افتتاح الصلاة وفي التكبير للقنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام الحجر وعند الصفا والمروة
وبجمع وعرفات وعند المقامين عند الجمرتين اراد بهما الاولى والوسطى دون العقبة والمتنازع فيه ليس من ذلك وما رواه محمول على الابتداء اي
انه كان ثم نسخ كذا نقل عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه روي عنه انه راى رجلا يصلي في المسجد الحرام يرفع يديه في الصلاة عند
الركوع وعند رفع الراس منه فلما فرغ من صلاته قال له لا تفعل فان هذا شيء فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تركه وفي المسئلة حكاية روي ان
الاوزاعي لقي ابا حنيفة في المسجد الحرام فقال ما بال اهل العراق لا يرفعون ايديهم عند الركوع وعند رفع الراس منه وقد حدثني الزهري

عن سالم عن ابن عمر انه عليه السلام كان يرفع يديه عندنا فقال ابو حنيفة حدثني حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود فقال الاوزاعي عجبا من ابي حنيفة احدثه بحديث الزهري عن سالم وهو يحدثني بحديث حماد عن ابراهيم فرجح
حديثه بعلو اسناده فقال ابو حنيفة اما حماد كان افقه من الزهري وابراهيم كان افقه من سالم ولولا سبق ابن عمر لقلت بان يكون علقمة افقه منه واما عبد الله فعبد الله
فرجح حديثه بفقه الرواية وهو المذهب فان الترجيح بفقه الرواية لا بعلو الاسناد والكلام في هذا الموضع كثير والمختصر لا يحتمله خلا ان المعتمد على الرواة
ورواه اخبارنا العبد ربون عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين كانوا يلون النبي صلى الله عليه وسلم ورواية ابن عمر ووايل ابن حجر كانوا يتقومون منه
عليه السلام والاخذ بقول الاقرب اولى وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ان العشرة الذين شهد لهم النبي صلى الله عليه وسلم بالجنة لم يكونوا يرفعون
ايديهم الا عند افتتاح الصلاة وقوله واذا رفع راسه من السجدة الثانية ظاهر وقوله وبسط اصابعه وتشهد وهل يشير بالمسبحة اذا انتهى الى الشهادة
اولا لم يذكره فمن المشايخ من يقول بانه لا يشير بها وقد نص محمد بن الحسن على هذا في كتاب المسبحة حدثنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يفعل
ذلك اي يشير نصنع بصنيع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونأخذ بفعله وهذا قول ابي حنيفة وقولنا ثم كيف يشير قال يقبض بصنيع رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقبض اصبعيه الخنصر والتي تليها ويحلق الوسطى مع الابهام ويشير بسبابته وكلام المصنف وهو قوله ولان فيه توجيه اصابع يديه الى القبلة يشير الى
انه لا يحلق شيئا من الاصابع قال والتشهد التحيات لله اعلم ان لعمر رضي الله عنه تشهيدا ولعلي رضي الله عنه تشهيدا ولعايشة رضي الله عنها تشهيدا
ولجابر رضي الله عنه تشهيد ولعبد الله رضي الله عنه تشهيدا ولغيرهم ايضا تشهيدا وعلماؤنا رحمهم الله اخذوا بتشهيد ابن مسعود والشافعي بتشهيد ابن
عباس وهو ما ذكره في الكتاب التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله
الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسول الله قال والاخذ بما رواه ابن عباس اولى لوجوه اربعة احدها ان فيه زيادة كلمة وهي المباركات
والثاني انه يوافق القرآن على ما قال تحية من عند الله مباركة والثالث انه ذكر السلام بغير الالف واللام واكثر تسليمات القرآن مذكور بغير الالف
واللام قوله تعالى سلام عليكم طبتم قال سلاما وسلام عليه يوم ولد واشرف الكلام ما وافق القرآن والرابع انه متأخر عن خبر ابن مسعود لان ابن عباس كان
صغير السن وكان ينقل ما تأخر من الشرع واصحابنا رحمهم الله قالوا الاخذ بتشهيد ابن مسعود وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك
ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسوله اولى بوجوه ذكرها في الكتاب
فانه قال اخذ رسول الله بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله الى اخره فقوله قل امر واقل مرتبة الاستحباب
وقوله السلام بالالف واللام يفيد الاستغراق وقوله والصلوات بالواو يفيد تجديد الكلام كما في القسم وقوله واخذ بيدي وعلمني يفيد زيادة تاكيد
وقوة فذلك اربعة اوجه وقد ذكر وجوه اخرى منها ان قوله التحيات عام يتناول كل قربة الصلاة وغيرها فاذا قال الصلوات بغير واو صار تخصيصا وبيانا
ان اراد به الصلاة لا غير وبغير ذلك متى قال بالواو بقي الاول عاما فيكون ابلغ في الثنا وكان اولى ومنها تقديم اسم الله تعالى فانه اذا قدم الممدوح في
ابتدا الكلام وما تأخر كان محتملا وزيادة الاحتمال في اول الكلام اولى ومنه انه علق تمام الصلاة فدل ان التمام لا يوجد بدونه ومنها ان تشهيد ابن مسعود
احسنها اسنادا هكذا قاله ايمة الحديث ومنها ان عامة الصحابة اخذوا بتشهيده فانه روي ان ابا بكر رضي الله عنه علم الناس على منبر رسول الله صلى
الله عليه وسلم التشهد مثل ما قال ابن مسعود وهكذا روي سلمان الفارسي وابن جابر ومعاوية رضي الله عنهم ومنها اشتماله تشهده على لفظ العبد الذي يدل
على ما يدل على كمال الحال قال الله تعالى سبحان الذي اسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام ذكره في لفظ العبد الذي هو بيان على مراتبه عليه السلام ومنها
حسن ضبطه فان ابا حنيفة قال اخذ حماد بيدي وقال حماد اخذ ابراهيم بيدي وقال ابراهيم اخذ علقمة بيدي وقال علقمة اخذ ابن مسعود بيدي وقال
ابن مسعود اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد والجواب عن قوله فيه زيادة كلمة ان الزيادة لو كانت مرجحة كان تشهيد جابر اولى
لان فيه زيادة بسم الله الرحمن الرحيم وفي خبرنا زيادة الواوات والالف واللام وقوله عنده فكان اولى وقوله يوافق القرآن انه ليس بمرجح لان علم
قراءة القرآن في القعدة مكروه فكيف يستحب ما يوافقه وعن قوله اكثر التسليمات بغير الف ولام انه يستلزم الموافقة وقد قلنا انها مكروهة على
ان السلام في القرآن جاء بالالف واللام ايضا قال الله تعالى والسلام علي والسلام على من اتبع الهدى وعن قوله ان خبر ابن عباس متأخر انه ليس
كذلك روى الكرخي في حديث ابن مسعود قال كنا نقول في اول الاسلام التحيات الطاهرات والمباركات الزاكيات فدل على ان خبره متأخر
عما رواه ابن عباس وقوله لان ابن عباس يروي اخر السنن ليس بشيء لان احدا لم يرجح احاديث الصحابة على الاكابر منهم وفي تفسير التحيات المحييات اي
العبادات القولية لله والصلوات اي العبادات البدنية لله والطيبات اي العبادات المالية لله وقوله السلام عليك حكاية سلام الرب رد
الله على نبيه عليه السلام ليلة المعراج لما اثنى على الله بهذه الاشياء رد الله تعالى في مقابلتها بهذه الاشيا السلام بمقابلة التحيات والرحمة بمقابلة
الصلوات والبركة بمقابلة الطيبات والبركة هي النماء والزيادة وقوله ولا يزيد على هذا اي مقدار التشهد وقال الشافعي رحمه الله في الجديد
يسن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في القعدة الاولى لحديث ام سلمة رضي الله عنها في كل ركعتين تشهد وسلام على المرسلين ولنا قول ابن مسعود
رضي الله عنه علمني رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في الصلاة واخرها فاذا كان وسط الصلاة نهض اذا فرغ من التشهد واذا كان اخر الصلاة
دعا لنفسه بما شاء وما رواه محمول على التطوع فان كل شفع من التطوع صلاة على حدة او مراده سلام التشهد قال ويقرا في الركعتين الاخريين
فاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة وهو ما روى البخاري في صحيحه باسناده الى قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرا في الظهر في الاوليين
بام الكتاب وسورتين وفي الاخريين بام الكتاب وهذا الافضل قوله هو الصحيح احتراز عما رواه الحسن عن ابي حنيفة ان القراءة في الاخريين واجبة
حتى لو تركها ساهيا لزمه سجود السهو لان القيام في الاخريين مقصود فيحتج اخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعا كما في الركوع والسجود وجه الصحيح ما ذكره
ان القراءة فرض في الركعتين الاوليين على ما يأتيك بعد ان شاء الله تعالى وقوله ويجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى قيل انما قيل في الاخيرة ليتناول

قعدة

قعدة المسافر وليس بواضح لان قوله كما جلس في الاولى ينبو عن ذلك وقوله ما روينا من حديث وايل وقوله وعايشة اي حديث عايشة وهذا هو قوله
هكذا اصح عايشة قعود رسول الله وقوله ولانها اي الجلسة على تلك الصفة اشق على البدن من التورك الذي يميل اليه مالك قال مالك رحمه الله المسنون
في القعدة ان يقعد متوركا بان يخرج رجليه من جانب ويفضي باليتيه الى الارض في القعدتين جميعا وما كان اشق فهو افضل والذي يرويه مالك ان
النبي صلى الله عليه وسلم قعد متوركا ضعفه الطحاوي رحمه الله فان هذا من حديث عبد الله بن جعفر وهو ضعيف عند نقلة الحديث ولين صح كان
محمولا على الكبر وقوله ويتشهد معطوف على قوله جلس وهو واجب عندنا وصلى الله على النبي صلى الله عليه وسلم وهو ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله فيهما اي في قراءة التشهد والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فانهما فرضان عنده اما التشهد فلما روي ابن مسعود رضي الله عنه كنا نقول قبل
ان يفرض التشهد السلام على الله السلام على جبريل وميكايل فقال النبي صلى الله عليه وسلم قولوا التحيات لله الى ان قال اذا قلت هذا او فعلت
هذا فقد تمت صلاتك اطلق اسم الفرض على التشهد وقال له قل والامر للوجوب وعلق التمام به فلا يتم بدونه واما الصلاة على النبي صلى الله عليه
وسلم فلقوله تعالى صلوا عليه والامر للوجوب ولا وجوب خارج الصلاة فكان فيها ولنا على عدم فرضية التشهد حديث ابن مسعود فانه علق
التمام باحد الامرين واجمعنا على ان التمام تعلق بالقعدة فانه لو تركها لم يجزه فلا يتعلق بالثاني ليتحقق التخيير بين الشيين الاتيان باحدهما
وعلى عدم فرضية الصلاة عليه لانه علق باحدهما فمن علق بثالث غيرهما جاعلا من الصلاة فقد خالف النص والجواب عن استدلاله بالحديث ان
معنى الفرض التقدير اي قبل ان يقدر التشهد والامر صدر على سبيل التعليم فلا يفيد الفرضية فانه لم يعدها في بعض الكلمات فان الفرض
عندهم خمس كلمات وقد اجبنا عن قوله التمام به الخ وعن الاية ان لا نسلم انه لا وجوب خارج الصلاة فانها واجبة فيه اما مرة واحدة كما
ذكره الكرخي او كلما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر لان الوجوب الذي يقتضيه الامر قد حصل فانه لا يدل الاية
على كونها في الصلاة السنة وهو مختار صاحب التحفة وقول الكرخي مختار شمس الايمة وكيفية الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ان يقول اللهم
صل على محمد وعلى ال محمد كما صليت على ابراهيم وعلى ال ابراهيم وبارك على محمد وعلى ال محمد كما باركت على ابراهيم وعلى ال ابراهيم في العالمين انك
حميد مجيد وحكي عن محمد بن عبد الله ابن عمر انه كان يقول نحن امرنا بتعظيم الانبيا وتوقيرهم وفي قوله وارحم محمدا نوع ظن بالتقصير واليه
ذهب شيخ الاسلام فيترك ذلك وقال شمس الايمة السرخسي انه لا باس به لان الاثر ورد به من طريق ابي هريرة ولا عتب على من اتبع الاثر ولان
احدا لا يستغني عن رحمة الله وقوله والغرض المروي اشارة الى ما ذكرنا من الجواب عن استدلاله وقوله ودعا بما يشبه الفاظ القرآن والادعية
الماثورة هذا معطوف على قوله وصلى على النبي عليه السلام وما يشبه الفاظ القرآن مثل ان يقول اللهم اغفر لي ولوالدي ومثل قوله اغفر لي
والادعية الماثورة تجوز بالنصب عطفا على الفاظ وتجوز بالجر عطفا على القرآن والماثورة هي المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ما روي
عن ابي بكر رضي الله عنه انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم علمني يا رسول الله دعاء ادعو به في صلاتي فقال قل اللهم اني ظلمت نفسي ظلما كثيرا
وانه لا يغفر الذنوب الا انت فاغفر لي مغفرة من عندك انك انت الغفور الرحيم وكان ابن مسعود رضي الله عنه يدعو بكلمات منهن اللهم
اني اسالك من الخير كله ما علمت منه وما لم اعلم منه واعوذ بك من الشر كله ما علمت منه وما لم اعلم منه وقوله لما روينا من حديث ابن مسعود يريد
قوله واذا كان اخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء وقوله وقال له النبي صلى الله عليه وسلم يعني حين قال له اذا قلت هذا الى اخره ثم قال اختر من الدعا
اعجبه والطيبة بتذكير الضمير هو موافق لما ذكر في [illegible] وفي بعض نسخ الهداية اعجبها واطيبها قالوا وليس بشي وبعضهم بالتانيث فعلى تاويل الدعوات
لحصول الاستغراق في الدعا بحرف اللام وقيل على تاويل الكلمات وقوله ليكون اقرب الى الاجابة وذلك لانه مستحب الدعا للنبي صلى الله عليه وسلم ولا يحكى
من الكريم ان يستجيب بعض الدعا دون بعض اخر فيستجيب الجميع ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد الملاقي لكلام الناس لا لجميع الصلاة
بالاتفاق لان حقيقة كلام الناس بعد التشهد لا يفسد الصلاة فكيف ما يشبهه وهذا عند حافظهم وكذا عند ابي حنيفة لان كلام الناس صنع من
المصلي فيتم بصلاته وكان بالدعا الذي يشبه كلام الناس بعد التشهد خارجا عن الصلاة لا مفسدا لها ثم فسر ما يشبه كلام الناس وما لا يشبهه
فقال ما لا يستحيل سواله من الناس كالعبد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم ولقائل ان يقول بين
هذا التفسير وبين ما تقدم من قوله ما يشبه الفاظ القرآن منافاة لانه لو قال اللهم اغفر لاخي ينبغي الا يجوز نظرا الى الاول وقد نقل عن ابي بكر محمد
بن الفضل وان يجوز نظرا الى الثاني ويمكن ان يجاب عنه بان ذلك ليس اختيار المصنف اذ ليس المراد ان يكون الفاظ الدعا غير الفاظ القرآن فلا يمتنع
اللهم اغفر لاخي لانه مما يستحيل سواله من الناس واختلف في قوله اللهم ارزقني فمنهم من يقول لا ياتي به لان الرزاق هو الله ليس الا ومنهم من يقول يفسد به
الصلاة واختاره المصنف وفي بعض النسخ هو الصحيح لاستعماله فيما بين الناس يقال رزق الامير الجيش وقوله ويسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله
وعن يساره مثل ذلك التسليم على هذا الوجه قول جمهور العلما وكبار الصحابة عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وروى ابن مسعود رضي الله عنه ان
النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده تلقا وجهه وما روت عايشة وسهل بن سعد الساعدي ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذلك
لان كبار الصحابة كانوا يرونه عليه السلام وعايشة كانت في صف النسا وسهل كان من جملة الصبيان فيحمل انهما لم يسمعا التسليمة الثانية على
ما روي انه عليه السلام كان يسلم الثانية اخفض من الاولى وينوي بالتسليمة الاولى من عن يمينه من الرجال والنسا والحفظة وهذا وضع الجامع
الصغير وفي وضع الاصل قدم الحفظة وليس في ذلك دلالة على ان بني ادم افضل من الملائكة ولا الملائكة لان الواو لمطلق الجمع وانما ينوي عند التسليم
لانه اقامة سنة فلا يكون بالنية كما في ساير السنن وحكم اقامة التسليم خارج الصلاة ينوي به السنة وكذا في الثانية اي ينوي فيها ما نوى في الاولى
وقال لان الاعمال بالنيات فان قيل قد ابطلتم اشتراط النية في الوضوء بهذا الحديث فكيف استدل به ههنا والجواب انا ابطلنا اشتراطها لا استنانها
الزيادة على الكتاب بما تقدم وههنا ما جعلناها شرطا وانما استدللنا بظاهر لفظه على سنيتها فلا يخالفه كتابه ولا سنة حتى يستلزم الزيادة فكان صواب الكلام

هذا الشي تركه الناس لانه قل ما ينوي احد شيا ولا ينوي النسا في زماننا يعني ان ما قال محمد من نية النسا كان في زمنهم واما في زماننا فلا ينوي
النسا لان حضورهن الجماعات متروك باجماع المتاخرين ولا من لا شركة له في صلاته من المومنين الغيب وهو قوله هو الصحيح احترازا عما قال الحاكم
الشهيد انه ينوي جميع الرجال والنسا من شاركهم ومن لا يشاركه لئلا يكون على وفق سلام التشهد يعني قوله السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ووجه
الصحيح ان سلام التحليل خطاب والخطاب خطاب الحاضرين بخلاف سلام التشهد لانه تحية عامة للحضور والغيب الصالحين من عباده على ما قال
صلى الله عليه وسلم اذا قال المصلي السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اصاب كل عبد صالح من اهل السما والارض قال ولا بد للمقتدي من نية امامه
قيل تخصيص الامام بالذكر يرد قول من يقول ينوي من يشاركه في الصلاة دون غيره وقوله فان كان الامام في الجانب الايمن ظاهر وقوله هو الصحيح
احترازا عما قال بعضهم ان الامام ينوي بالتسليمة الاولى لا غير وعما قيل الامام يجب ان لا ينوي لانه يجهر بالسلام ويشير اليهم وهو فوق النية فلا
حاجة الى النية وقوله ولا ينوي في الملايكة يشير الى ان المراد بالحفظة ليس الكرام الكاتبين فقط كما زعم بعضهم انه ينوي بهم ذلك وهم اثنان واحد عن
يمينه يكتب الحسنات والاخر عن يساره يكتب السيئات بل المراد بها من معه من الملايكة ولا يحصر في ذلك عددا معلوما لان الاخبار في عددهم قد اختلفت
مروي عن ابن عباس انه قال مع كل مومن خمس من الحفظة واحد عن يمينه يكتب الحسنات والاخر عن يساره يكتب السيئات واخر يلقنه الخير اذا واخر
وراءه يدفع عنه المكاره واخر عند ناصيته يكتب ما يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم يبلغه الى الرسول صلى الله عليه وسلم وفي بعض الاخبار مع كل
مومن ستون ملكا وفي بعضها مائة وستون واذا كان كذلك فسبيلهم يدون حصرهم عددا فاشبه الايمان بالانبيا عليهم السلام يومن بكلهم
ولا يحصيهم بعدد لئلا يخرج من هو منهم ولا يدخل فيهم من ليس فيهم وقوله هو متمسك بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ووجه التمسك
به ان الالف واللام ليس للعهد لعدم معهود فكان لاستغراق الجنس فقد جعل جنس التحليل في الصلاة بالسلام فمن اتى بغيره فقد خالف
النص ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما علمه التشهد قال له اذا قلت او فعلت هذا فقد تمت
صلاتك فان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد ووجه التمسك انه عليه السلام حكم بتمام الصلاة قبل السلام وخيره بين القعود
والقيام وهذا ينافي فرضية ما يراخره وجوبه الا انا اثبتنا الوجوب لما رواه احتياطا دون الفرضية لانه خبر واحد وبمثله لا يثبت الفرضية

فصل في القراءة لما فرغ من بيان صفة الصلاة وكيفيتها وبيان اركانها وسننها ذكر احكام القراة هنا في فصل على حدة
لزيادة احكام تعلقت بها دون ساير الاركان وابتدا بذكر الجهر والاخفا دون ذكر القدر وان كان العكس متعينا لان القدر معنى راجع
الى الذات والجهر والاخفا راجع الى الصفة والذات قبل الصفة لان الجهر من صفات الادا الكامل والقدر يعم والعام ايضا وكان الابتدا
بذكر صفة تختص بالادا الكامل الذي هو الاصل في شرعية الصلاة اولى ثم المصلي ان كان اماما يجهر في الفجر وفي الركعتين الاوليين من المغرب
والعشا ويخفي في الاخريين هذا هو التوارث المتوارث المنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين ثم الجهر فيما يجهر والمخافتة
فيما يخافت واجب بالسنة وهو ما روي عن ابي هريرة انه قال في كل صلاة يقرا فما اسمعنا رسول الله اسمعناكم وما اخفى علينا اخفينا عليكم واجماع
الامة فان الامة اجتمعت من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على الجهر فيما يجهر وعلى المخافتة فيما يخافت وبالمعنى المعقول فان القراة ركن من
اركان الصلاة فيجب اظهارها في الصلاة كساير الاركان ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجهر بالقراة في الصلوات كلها الا ان الكفار
لما كانوا اعتدوا القراة وغلطوه في الظهر والعصر ترك الجهر فيهما بهذا العذر والعذر وان زال بكثرة المسلمين تعينت المخافتة كالرمل في الطواف
واما في المغرب والعشا والفجر فكان الكفار كانوا متفرقين وبنا ما يجهر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقراة في هذه الصلاة وان كان منفردا
فهو مخير ان شا جهر واسمع نفسه والادنى في حق نفسه وان شا خافت لانه ليس معه من يسمعه فلم يكن موجب الجهر والاخفا تمت التخيير وانما ذكر
قوله واسمع نفسه دفعا لما يقال فايدة الجهر الاسماع والاسماع هنا اذ ليس معه احد يسمع ووجهه ان الفايدة لم تنحصر في اسماع الغير بل من فايدة
اسماع نفسه فيجهر لذلك وبيانا للحكم وهو ان لا يجهر كالجهر اذ ليس معه احد يسمعه بل ياتي بادنى الجهر فكان معناه ان شا جهر واسمع نفسه ولا يسمع غيره
والجهر افضل ليكون الادا على هيئة الجماعة ويخفي الامام القراة في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجما اي ليس فيها قراة
مسموعة والدليل على عدم صحة تفسيره ما روي انه قيل لخباب ابن الارت رضي الله عنه بم عرفتم قراة رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الظهر والعصر
قال باضطراب لحيته وبما روي عن ابي قتادة رضي الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسمعنا الاية والايتين في الظهر احيانا وقال مالك رحمه الله
يجهر الامام فيهما في عرفة لان الصلاة تقام هناك في جمع عظيم فيجهر فيها كما في الجمعة والحجة عليه ما روينا واورد عليه انه ليس بحديث وانما هو من كلام الحسن
البصري رحمه الله ذكره في المغربين والفايق للزمخشري ولين سلمنا فهو عام مخصوص خص منه الجمعة والعيد فيجوز تخصيصه بالقياس على الجمعة واجيب
بان اصحابنا رحمهم الله ملاوا كتبهم به ونقلوا ان ابن عباس رضي الله عنه كان يفسره بعدم القراة كما تقدم وليسوا من اهل الاهوا والبدع ولولا ثبت
اسناده عندهم لما فعلوا ذلك وعن الثاني بان الجمعة والعيدين ليست مخصوصة لان الجمعة فرضت بالمدينة وكانت الغلبة للمسلمين فجهر رسول الله صلى الله
عليه وسلم فيهما بالقراة وكان نسخا لا تخصيصا والنسخ بالقياس لا يجوز وكذا في الاعياد وغيرها في حكم الجمعة والعيدين والنفل المستفيض اي اثبات بيع
المنتشر ما روى ابو حنيفة رحمه الله في مسنده باسناده الى النعمان ابن بشير ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرا في الجمعة سبح اسم ربك الاعلى وهل اتاك
حديث الغاشية وهو يدل على انه كان يجهر حتى يسمع قراته وفي التطوع بالنهار يخافت وبالليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا يدل على ان
الجهر افضل لان الفرض في حق المنفرد كذلك وروت عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في تهجده يونس اليقظان ولا يوقظ الوسنان
ولا يظن انه عليه السلام كان يفعل الا الافضل وليس في بعض النسخ قوله ومن فاتته العشا الى قوله ومن قرا في العشا والصواب ذكرها لانها من اصل
مسايل الجامع الصغير حيث قال فخر الاسلام في الجامع الصغير هذه المسلة مسلة هذا الكتاب والمصنف رحمه الله التزم ذكر مسايل الصغير وقوله
وان

وان كان وحده خافت حتما هو الصحيح من الشافعي ما ذكره شمس الايمة وفخر الاسلام ومشايخنا التمرتاشي والمحبوبي رحمهم الله في شروحهم للجامع
الصغير كانهم قالوا الجهر افضل لان القضا يكون على وفق الادا وفي الادا المنفرد مخير بين الجهر والمخافتة والجهر افضل فكذلك في القضا
واما تعليل المصنف فتقريره ان الجهر اما ان يكون واجبا او جايزا وسبب الاول الجماعة والوقت هنا عدمه وسبب الثاني الوقت والوقت
عدمه فتعين الاخفا ومنع بان السبب ليس منحصرا في ذلك لجواز ان يكون موافقة القضا للادا سببا للجواز ايضا في حق المنفرد ويمكن
ان يجاب عنه بان ما ذكره المصنف من سببي الجهر ثابت بالاجماع وقد انتفى كل منهما فينتفي الحكم واما موافقة القضا للادا فليس على سببها اجماع
ولا نص يدل عليها فجعلها سببا يكون اثبات سبب بالراي ابتدا وهو تنبيه الى الشركة في موضع الشرع وذلك باطل ولعل هذا حمل المصنف
على الحكم بكونه حتما هو الصحيح فيكون معنى قوله هو الصحيح دراية وهو موافق لذكر الروايات على الجواز كما ذكرنا انفا ومن قرا في العشا في
الاوليين السورة ولم يقرا فاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين وان قرا بالفاتحة ولم يزد عليها قرا في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر يعني بهما على الصحيح
كما نذكره وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله وقال ابو يوسف لا يقضي واحدا منهما لان كل واحد منهما واجب وهذا لو ترك احدهما ساهيا وجب
عليه سجدة السهو قضاها في الشفع الثاني اولم يقض والواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل وهو ليس بموجود لان الدليل هو وعا
ليصرف الى ما عليه والسورة في الاخريين غير مشروعة ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة ولو
قضاها في الاخريين يترتب الفاتحة على السورة اذ التقدير انه قرا السورة ثم بعض الفاتحة في الشفع الثاني والذي وقع في الشفع الثاني بعد الذي
وقع في الشفع الاول فيكون الفاتحة بعد السورة وهو خلاف الموضوع وموضع يترتب الفاتحة التي في الشفع الثاني السورة التي في الركعة
الثانية من الشفع الاول فانه يترتب الفاتحة على السورة وهو مشروع لا محالة واجيب بان ذلك على وجه الدعا وليس الكلام فيه وانما الكلام في قراة
الفاتحة على وجه قراة القران ولقايل ان يقول الفاتحة الواقعة في الشفع بجعلها كالواقعة في الشفع الاول فليقدر انها وقعت قبل السورة وحكما
لان ذلك محل فيكون السورة مترتبة على الفاتحة دون العكس والجواب ان تقديرها كالواقعة في الشفع الاول لضرورة تدارك الفارط ان امكن
وليس يمكن لاستلزامه تغيير المحسوس والضروري ضعيف لا يثبت به تغيير المحسوس بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاها على الوجه المشروع
وهو ترتب السورة على الفاتحة والجواب عن القول ابي يوسف انا لا نسلم ان السورة في الاخريين غير مشروعة قال الامام فخر الاسلام في شرح
الجامع الصغير ان السورة في الاخريين مشروعة نفلا ولهذا لو قرا فيهما لا يلزمه سجود السهو قوله ثم ذكره اي في الجامع الصغير ما يدل
على الوجوب لانه قال قرا فيكون بمنزلة الامر بل اكد وفي الاصل بلفظ الاستحباب لانه قال اذا ترك السورة في الاوليين احب ان يقضيها اما وجه
ما ذكره في الجامع الصغير فقد بيناه واما وجه ما ذكر في الاصل ما قال في الكتاب لانها اي السورة ان كانت موخرة عن الفاتحة فغير موصولة
بالفاتحة الاولى لوقوع الفصل بالفاتحة الثانية فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ولم يذكر الشق الاخر وهو ان يكون متقدمة على الفاتحة
لبعده لانه يفضي الى غير مشروع اخر وهو تقديم السورة على الفاتحة واذ ذهب اليه بعضهم وقوله ويجهر بهما هو الصحيح احترازا عما روى ابن
سماعة عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يجهر بالسورة خاصة لانه في الفاتحة مود وبراعي صفة ادايها وفي السورة قاض فيجهر بها كما كان
يجهر بالادا ولا يكون جمعا بين الجهر والمخافتة في ركعة ولهذه بعد ما الان انتقلت ملتحق بمحل الادا وعما روى هشام عن محمد انه لا يجهر بالفاتحة
في قلنا فلو جهر السورة كان جمعا بالجهر والمخافتة في ركعة واحدة صورة وحقيقة وذلك غير مشروع ووجه الصحيح ما ذكران الجمع بين الجهر
والمخافتة في ركعة واحدة تشنيع فمان نختها كما روي هشام عن محمد وفي ذلك تغير صفة الواجب وهو السورة لا جل مراعاة صفة النفل
وهو الفاتحة وهو اتباع الاقوى الادنى ولما ان يجهر بهما وفيه تغيير صفة النفل لاجل صفة الواجب فهو اولى قال ثم المخافتة ان
يسمع نفسه اعلم ان اجري الحلمات المستعملة على اللسان على نوعين كلام وقراة لان الغرض منه اما ان تكون افادة السامع المخاطب او لا
فان كان الاول فهو الكلام والا فهو القراة وكل منهما على نوعين جهر ومخافتة وقد اختلف علماونا رحمهم الله في الحد الفاصل بينهما
فذهب الفقيه ابو جعفر الهندواني الى ان المخافتة هو ان يسمع نفسه وما دون ذلك مجمجة وذندنة ليس بكلام ولا قراة والجهر ان يسمع غيره
فهو كما تري جعل كل واحد منهما نوعية من الكيفيات المسموعة وقال لان مجرد حركة اللسان بدون الصوت لا يسمى قراة لغة ولا عرفا
وفيه نظر لان من راي المصلي الاطروش من بعيد يحرك شفتيه يخبر عنه انه يقرا وان لم يسمع منه شي وقال الكرخي ادنى الجهر انه يسمع نفسه
وادنى المخافتة تصحيح الحروف وقال لان القراة فعل اللسان دون الصماخ فان الاطروش يتكلم ولا يسمع وهو كما ترى جعل المخافتة من
الكيفيات المبصرة والجهر من الكيفيات المسموعة واعترض عليه بان الكتابة يوجد بها تصحيح الحروف ولا يسمى قراة لعدم الصوت فاسد وهو
لانه لم يجعل تصحيح الحروف مطلقا قراة بل تصحيح الحروف باللسان قراة الا ترى الى قوله لان القراة فعل اللسان قوله وفي لفظ الكتاب
قيل يعني في مختصر القدوري وهو ما ذكره في اول الفصل بقوله فهو مخير ان شا جهر واسمع نفسه وان شا خافت ودل في المبسوط حيث
قال وان كانت وحده وكانت صلاة يجهر فيها بالقراة قراة في نفسه وان شا جهر واسمع نفسه وشيخ الاسلام اول هذا الكلام نظرا لابي حنيفة
بانه اراد بقوله وقرا في نفسه ان يسمع نفسه لا غيره وبقوله وان شا جهر واسمع نفسه وهذا كما ترى تاويل بغير محتمل اذ ليس في كلام محمد رحمه الله ما
يحتمله وقوله وعلى هذا الفصل الاصل كل ما يتعلق بالنطق يعني اذا قال انت طالق او انت حر ولم يسمع نفسه تقع الطلاق والعتاق عند
الكرخي خلافا للهندواني وكذا اذا اجهر بها وعلقت بالاستثنا والشرط بحيث انه لم يسمع نفسه لم يقعا في الاستثنا اصلا وتاخر الى وجود الشرط
عند الكرخي وعند الهندواني يقعان في الحال وعلى هذا التسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة قال وادنى ما يجزي من القراة
في الصلاة القراة في الصلاة اما ان تكون في السفر او في الحضر فان كانت في الحضر فهي على ثلاثة اقسام قسم يتعلق به الجواز وقسم

هـ القراة عن حد الكراهه وقسم يدخل به في حد الاستحباب وان كانت في السفر فاما ان يكون المصلي في عجلة من السير او امنة وقرار والحكم
ما ذكرنا ان في العجلة تاثيرا في التخفيف وادني ما يجزي من القراة في الصلاة سوا كانت في الحضر او في السفر عند ابي حنيفة رحمه الله اية واحده
ان كانت كلمات فصاعدا فيه اختلاف بين المشايخ وان كانت كلمة واحدة كمدهامتان او حرفا واحدا كص وق فيه اختلاف واحد وقالا
ثلاث ايات قصار او اية طويلة كاية الكرسي واية المداينة لان الرجل لا يسمي قاريا بدونه اي بدون المذكور من ثلاث او اية طويلة فاشبه
قراته قراة ما دون الاية وقراة ما دون الاية غير مجزية فكذلك قراة الاية وحقيقته كلاهما ان الاية الواحدة وان كانت قرانا في الحقيقة
الا انه في العرف يطلق علي ثلاث ايات او اية طويلة فيصار اليه ولابي حنيفة قوله تعالي فاقروا ما تيسر من القران من غير فصل بين
اية وما فوقها وهذا لان الاية الواحدة قران حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه تحرم قراتها علي الحايض والجنب فيدخل
في الاطلاق قوله من القران قوله الا ان ما دون الاية خارج جواب عما يقال لو كان المراد من قوله ما تيسر من القران مطلقة من غير فصل
لجاز بما دون الاية كما جاز بالاية لان الاطلاق يتناولهما تناولا واحدا ولكن لم يجز بما دون الاية فلا لذا بالاية ووجهه ان ما دون الاية لم يدخل
في الاطلاق بالاجماع لان المطلق ينصرف الي الكامل من القراة ما هو قران حقيقة وحكما وما دون الاية وان كان قرانا حقيقة لكنه ليس
بقران حكما حيث جاز قراته للجنب والحايض فلا ينصرف المطلق اليه وعلي هذا التقدير يكون قوله خارج معني قوله لم يدخل لانه ابرز
الكلام ميزان الاطلاق والتقييد لا العموم والخصوص ولهذا قال فيما تقدم والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز ولان التخصيص عندنا بطريق
الاخراج بل بطريق الخصوص لم يدخل تحت الجملة علي ما عرف في اصول الفقه وله زيادة تقرير قررناه في التقرير وقوله ليست في معناه اي في
معني ما دون الاية مستغني عنه الا انه ذكره لدفع من عسي ان يتوهم ان ما دون الاية اذا لم يدخل تحت الاطلاق فيلحق الاية في ذلك فقال
الاية ليست في معناه فيلحق به قوله وفي السفر انه قدم الكلام في السفر مع انه من العوارض وهو اليق بالتاخير لانه مظنة فلما لو اخر كان انسب
لذكر قراة الاية الواحدة واما لانه سعب تحت الحصر كبيره فاراد ان يبدع من تحت النشر لئلا يدخل في تحت الحصر علي فراغ وكلامه في السفر ظاهر والامنة
بفتح الميم هو الامن وان كان السفر مظنة التخفيف اذ الحكم عليه وخفف في القراة وان كان السفر قال الامن الاثري انه اثر في شرط الصلاة
وان كان علي امنة وقرار فلان يوثر في تخفيف القراة اولي فان قيل هذا التعليل منقول عما ذكر من طرف ابي حنيفة في مسلة الاروات في باب الجاكة
حيث استدل هنا لوجود التخفيف ثابتا وابي ذلك هناك اجيب بالفرق بين الوصفين بان القول بتخفيف القراة عمل بالدلالة لان كلا منهما
ظهر تاثيره في الوصف لكونه تابعا في الاصل بخلاف الاروات فان الضرورة عملت في وصف التخفيف مره وكيف هو بها فلا سمعل ثابته ويقرا
في الحضر في الفجر في الركعتين اربعين اية او خمسين سوا الفاتحة الكتاب ويروي من اربعين الي الستين ويروي من ستين الي مايه وبكل ذلك وردت
الاثار وقال معوذ العجل يلمعت سورة ق واقتربت مما في رسول الله صلي الله عليه وسلم لكثرة قوله لهما في صلاة الفجر وق خمس واربعون اية
واقتربت خمس وخمسون اوست وخمسون اية وروي ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلي الله عليه وسلم قرا في الفجر يوم الجمعة الم تنزيل السجدة
وهل اتي علي الانسان والاولي ثلاثون والثانية احدي وثلاثون فلما اختلفت مقادير قراة رسول الله صلي الله عليه وسلم اختلفت
رواية محمد فيه وفي لفظ الكتاب اشاره الي ان هذه المقادير انما كانت انما يكون في الركعتين لا في ركعة واحدة حتي يكون علي رواية الاربعين
في كل ركعة عشرون وقوله ووجه التوفيق يعني بين الروايات وهو ظاهر وقوله وفي الظهر مثل ذلك اي مثل ما قرا في الفجر لاستوايهما في سعة
الوقت وقد روي ان النبي صلي الله عليه وسلم كان يقرا في الظهر الم تنزيل السجدة قال ابو سعيد الخدري حزرنا قيام رسول الله صلي الله عليه وسلم
في الظهر فظننا انه قرا الم تنزيل السجدة وقد روينا انه كان يقرا في صلاة الفجر في الركعة الاولي الم تنزيل الجمعة وفي الثانية هل اتي
علي الانسان فعلم انه قرا في الظهر ما قرا في ركعتي الفجر وقال في الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال وروي
ابو سعيد الخدري رضي الله عنه انه كان يقرا في الظهر ثلاثين اية وهو نحو سورة الملك وقوله والعصر والعشا سوا يعني في سعة الوقت علي
وجه الاستحباب يقرا فيهما باوساط المفصل كما روي جابر بن سمره رضي الله عنه ان النبي صلي الله عليه وسلم كان يقرا في الاوليين الا وليين من
العصر والعشا والسما ذات البروج والسما والطارق وكحديث معاذ بن جبل رضي الله عنه ان قومه شكوا الي رسول الله صلي الله عليه وسلم تطويل قراته في
العشا فقال له النبي صلي الله عليه وسلم افتان يا معاذ اين انت من سبح اسم ربك الاعلي والشمس وضحيها وفي المغرب بقصار المفصل لما
روينا انه صلي الله عليه وسلم قرا في صلاة المغرب بالمعوذتين وطوال المفصل من الحجرات الي سورة والسما ذات البروج والاوساط منها
الي لم يكن والقصار منها الي الاخر وقيل طواله من الحجرات الي عبس وقصاره من كورت الي والضحي والقصار منها الي اخر المصحف وقوله ويطيل
الركعة الاولي من الفجر حتي التواتر من لدن رسول الله صلي الله عليه وسلم الي يومنا هذا وفيه اعانة للناس علي ادراك الجماعة ولا يطيل في غير
عندهما وقال محمد رحمه الله احب الي ان يطيل الركعة الاولي علي الثانية في الصلوات كلها لما روي ابو قتاده رضي الله عنه ان النبي صلي الله عليه
وسلم كان يطيل الركعة الاولي علي الثانية في الصلوات كلها ولهما ان ركعتي الصلاه مطلقا استويا في استحقاق القراة لكونها ركنا في الجميع وكل ما كان
كذلك يستويان في المقدار الا اذا حصل بعارض غير اختياري لان سبب الحدوث متحد وسبب التفاوت غير موجود وقلنا بعارض غير اختياري
ليخرج صلاة الجمعة لان تطويل الركعة الاولي متفق عليه فيها وليلا يرد ما يقال في جانب محمد ان معني تفضيل الركعة الاولي علي الثانية موجود في
ساير الصلوات الا ان الغفلة في الفجر بسبب النوم وفي غيره باشتغال الناس بالكسب لان غفلتهم بذلك باختيارهم بخلاف النوم ثم المعتبر في التطويل
بالايات ان كانت متساويه او متقاربه من حيث الكلمات والحروف واما اذا كانت متفاوته من حيث ذلك فالمعتبر بالكلمات والحروف في مقدار
زيادة احديهما علي الاخري فمنهم من اعتبر الثلث والثلثين بان يكون الثلثان في الاولي والثلث في الثانية وقال في شرح الطحاوي ينبغي ان يقرا في
الاولي

الاولي ثلاثين اية وفي الثانية بقدر عشر ايات او عشرين وهذا بيان الاولوية واما بيان الحكم فالجواز وان كان التفاوت فاحشا
بان قرا في الاولي باربعين وفي الثانية بثلاث ايات واما اطالة الركعة الثانية علي الاولي فمكروه بالاتفاق ولا معتبر بالزيادة والنقصان
بما دون ثلاث ايات لان النبي صلي الله عليه وسلم قرا في الاولي بالمعوذتين والثانية اطول باية ولما قال في الكتاب من قوله لعدم امكان
الاحتراز عنه من غير حرج والحرج مدفوع وهذا في الفرايض واما في غيرها فعن ابي يوسف ان زيادة احدي الركعتين علي الاخري مكروهة
وقيل ليست بمكروهة لان امر النوافل اسهل الا تري انها جازت قاعدا مع القدرة علي القيام قال وليس في شي من الصلوات قراة سورة بعينها
هذه المسلة والتي بعدها يتراي انهما في افادة الحكم واحد وليس كذلك بل هما متغايران وصفا وبيانا اما الوضع فلان الاولي من مسايل
القدوري والثانية من مسايل الجامع الصغير وقد التزم الاتيان بها اذا اختلف الروايتان واما البيان فلان معني الاولي ليس في شي من
الصلوات مطلقا تعيين سورة بعينها لا يجوز الصلاة بغيرها وهو احتراز عن مذهب الشافعي فانه عين قراة الفاتحة لجواز الصلوات
وقال لا يجوز الصلاة بغيرها من السور قلنا انه ابطال الاطلاق ما تلونا من قوله تعالي فاقروا ما تيسر من القران لا يقال فعلي هذا يلزم
التكرار من وجه اخر لما تقدم ان قراة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا خلافا للشافعي لان ما تقدم كان من لفظ الهداية وهذا ذكر علي انه من
لفظ القدوري ومعني الثانية مكروه ان يعين المصلي شيا من القران مثل الم السجدة ومثل هل اتي علي الانسان لشي من الصلوات كالفجر يوم
الجمعة لا علي انه لا يجوز بغيرها وهو ايضا احتراز عن مذهب الشافعي فانه يستحب ذلك لحديث ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلي الله
عليه وسلم كان يقراهما في صلاة الفجر فكيف يكون مكروها وقلنا ان في ذلك هجر الباقي وايهام التفضيل بلا دليل وذلك مكروه لقوله
تعالي وقال الرسول يا رب ان قومي اتخذوا هذا القران مهجورا اشكي الرسول صلي الله عليه وسلم قومه قريشا الي ربه باتخاذهم القران مهجورا
وهو يوجب الحرمة لولا رواية الجواز بغيرها فيكون مكروها لا يقال ليس في ذلك هجر وانما هو تفضيل بدليل وهو ما روينا من حديث ابن
مسعود رضي الله عنه لانه معارض بما روي جابر بن سمره رضي الله عنه ان النبي صلي الله عليه وسلم كان يقرا في الفجر ق وبما روي انه اقام
عليه السلام بتبوك اربعين ليلة وكان في الفجر الفاتحة واذا زلزلت فعلم انه عليه السلام ما واظب علي ذلك فلا يستحب المواظبة مخالفة
له عليه السلام ويحمل الصلاة علي غير المستحب والاكراهة اعظم من ذلك نعم لو فعل ذلك احيانا كما فعله عليه السلام قلنا باستحبابه لتبركه بقراة
النبي صلي الله عليه وسلم ولا يقرا الموتم خلف الامام سوا كان في الصلاة الجهرية او غيرها خلافا للشافعي في الفاتحة فانه يقول يجب عليه قراتها
في صلاة السر وفي الركعات التي لا جهر فيها وكذا فيما يجهر فيه علي الصحيح من مذهبه قال اصحابه ويستحب للامام علي هذا القول ان يسكت بعد
الفاتحة قدر ما يقرا المقتدي الفاتحة واستدل علي ذلك بان الفاتحة ركن من الاركان فيشتركان فيه كما كان في ساير الاركان ولنا قوله صلي
الله عليه وسلم من كان له امام فقراة الامام له قراة حدث به ابو حنيفة في مسنده عن موسي بن عايشة عن عبد الله بن شداد وعن جابر بن عبد الله
رضي الله عنهما لا يقال هذا الحديث معارض بقوله صلي الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراة فيسلم استدلاله بالقياس سالما لانا نقول الموجب ايسلم
ان لا صلاة الا بقراة وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان قراة الامام قراة له اولا وحديثهم لا يدل علي نفي ولا اثبات وحديثنا يدل علي ثبوت
فعملنا به حذرا عن الالغا ولهذا لم يذكر المصنف حديثهم في الاستدلال لعدم الفايدة في ذكره وقوله وعليه اجماع الصحابة قيل فيه نظر لان منهم
من يقول بوجوب قراة الفاتحة علي ما روي عن عبادة بن الصامت واجيب بان المراد به اجماع اكثر الصحابة فانه روي عن ثمانين نفرا من كبار الصحابة
منع المقتدي من القراة خلف الامام وقال الشعبي ادركت سبعين بدريا كلهم يمنعون المقتدي عن القراة خلف الامام وليس بشي لان هذا القدر
ليس اكثر الصحابة وايضا المذهب عندنا ان خلاف الواحد كخلاف الاكثر وقيل المراد اجماع مجتهدي الصحابة وكبارهم وقد روي عن عبد الله
ابن زيد بن اسلم عن ابيه قال كان عشرة من اصحاب النبي صلي الله عليه وسلم ينهون عن القراة خلف الامام اشد النهي ابو بكر الصديق وعمر بن
الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن ابي طالب وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابي وقاص وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الله
ابن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم ويجوز ان يكون رجوع المخالف ثابتا فيتم الاجماع ويجوز ان يقال لما ثبت نهي العشرة المذكورة
ولم يثبت نهي احد عليهم عند توفر الصحابة كان اجماعا سكوتيا وقوله وهو ركن مشترك جواب عن قوله ان القراة ركن وتقريره سلمنا انه ركن
مشترك بينهما لكن حظ المقتدي منها الاستماع والانصات لقوله تعالي واذا قري القران فاستمعوا له وانصتوا لما روي عن ابن عباس
رضي الله عنهما ان النبي صلي الله عليه وسلم قرا وخلفه فخلطوا عليه القراة فنزلت ولما روي ابو هريرة رضي الله عنه انه صلي الله عليه وسلم
قال انما جعل الامام اماما ليوتم به فاذا كبر فكبروا واذا قرا فانصتوا الحديث وقوله ويستحسن قراة الفاتحة علي سبيل الاحتياط فيما يروي
عن محمد لما روي في حديث عبادة بن الصامت ويكره عندهما لما فيه من الوعيد وهو ما روي انه صلي الله عليه وسلم انه قال من قرا خلف
الامام ففي فيه جمرة وقال فقد اخطا السنة وقيل ما روي عن سعيد بن ابي وقاص انه قال من قرا خلف الامام فسدت صلاته وما
روي عن عمر بن الخطاب قال ليت في فم الذي يقرا خلف الامام حجرا وغير ذلك ولا منافاة في ذلك لجواز ان يكون الكل مرادا وقوله ويستمع وينصت
وان قرا الامام اية الترغيب اي الي الجنة والترهيب اي من النار ودليله المذكور في الكتاب ظاهر وقيل يسال ويتعوذ الامام والمنفرد
اولا لم يذكره هنا فاما الامام فلا يفعل ذلك لا في الفرض ولا في النفل لانه لم ينقل ذلك عن النبي صلي الله عليه وسلم ولا عن الايمة بعده ولانه
يودي الي تطويل الصلاة علي القوم وهو مكروه وكذلك المنفرد اذا كان في الفرض لانه غير منقول عن النبي صلي الله عليه وسلم ولا عن الايمة
بعده واما اذا كان في التطوع فهو حسن لحديث حذيفة رضي الله عنه قال صليت مع رسول الله صلي الله عليه وسلم صلاة الليل فما مر باية فيها
ذكر الجنة الا وقف وسال الله الجنة وما مر باية فيها ذكر النار الا وقف وتعوذ بالله من النار وكذلك اذا كان الخطيب في الخطبة يستمعوا

المراد به

القوم وينصتوا لما روي ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا قلت لصاحبك والخطيب يخطب انصت فقد لغوت فلا صلاة له وكذلك ان صلى على
النبي صلى الله عليه وسلم يستمعون وينصتون سأل ابو يوسف ابا حنيفة اذا ذكر الامام هل يذكرون ولا يصلون فقد احسن في العبارة واحسن من ان يقولوا
ولا يذكرون ولا يصلون على النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان الاستماع والانصات احب لان ذكر الله والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ليس
بفرض واستماع الخطبة فرض فلا يجوز ترك الفرض لاقامة ما ليس بفرض وقوله الا ان يقرا الخطيب استثنا من قوله وكذلك ان صلى يعني اذا قرا الخطيب
قوله تعالى يا ايها الذين امنوا صلوا عليه وسلموا تسليما يصلي السامع في نفسه لان الخطيب حكى عن الله انه يصلي والملائكة يصلون وحكى امر الله بذلك
وهو قد اشتغل بذلك وكان قريبا من المنبر واما اذا كان نائيا عنه بحيث انهم لم يسمعوا الخطبة فقد اختلفوا في ان قراة القران اولى ام
الانصات اولى روي عن محمد بن سلمة انه قال الانصات اولى وهذا اختيار الكرخي وقد اختاره المصنف لان المامور به عند قراة القران
شيان الاستماع والانصات فاذا فاته الاول بالبعد امتثل للثاني بحسب الامكان وقال بعضهم قراة القران اولى وهو اختيار الفضل لان
الامر بالانصات انما كان لاجل الاستماع للتدبر وحيث فات ذلك فقراة القران احراز الثوبة

باب الامامة

لما فرغ من
ذكر افعال الامام من بيان وجوب الجهر والمخافتة ومن تقرير الامامة بما هو سنة قراة الامام وذكر افعال المقتدي من وجوب الاستماع والانصات
اتبعه ذكر صفة شرعية الامامة بما هي اي صفة هي من المشروعات فذكر من يصلح لها وما يليها من خواص الامامة فقال الجماعة سنة مؤكدة اي
قوية تشبه الواجب في القوة حتى استدل المعاهد بها على وجود الايمان بخلاف سائر المشروعات وهي التي تسميها الفقهاء سنة الهدى اي اخذها هدى
وتركها ضلالة واشار الى ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق وليس المراد به المنافق المصطلح وهو الذي يبطن
الكفر ويظهر الايمان والا لكانت الجماعة فريضة لان المنافق كافر ولا يثبت الكفر بترك غير الفريضة وكان ادا الكلام مما قصد الا وله فيكون المراد
به العاصي الجماعة من خصايص الدين فانها لم تكن مشروعة في دين من الاديان ولا صحة لغوايتي تخيلها وفي غنية كما تجد وبعض اصحابنا انها فريضة ويقول وصلى
وحده لم تجز ولا لقول من يقول انها فرض كفاية كالكرخي اصحاب الشافعي والكرخي والطحاوي لانهم يستدلون بقوله تعالى واركعوا مع الراكعين
او بخبر واحد وذلك لا يفيد الفرضية قوله واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة وكيفية اداء او هي وقوتها لان القراة ركن في الصلاة لا بد منها
والحاجة الى العلم انما تكون اذا نابت نائبة اي اذا عرض عارض لينتبه اصلاح صلاته وقد يعرض وقد لا يعرض ونحن نقول القراة مفتقر اليها لركن واحد
والعلم يحتاج اليه لساير الاركان والخطأ المفسد للصلاة لا يعلم الا بالعلم والصلح كذلك فان قيل ورد ما يعني في العلم بالسنة قال قال اقرأهم لقوله
صلى الله عليه وسلم يؤم القوم اقرأهم لكتاب الله فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة ووجه الاستدلال ظاهر واعترض بوجهين احدهما ان قوله عليه السلام
يؤم القوم معنى الامر للوجوب فيكون الترتيب الواقع في الحديث واجب الرعاية سواء كان المراد ما وقع في ظاهره من تقديم الاقرا او ما وقع في
الكتاب من تقديم الاعلم بالسنة فان المدعى تقديم الاعلم بالسنة والحديث يدل على تقديم الاقرا لكتاب الله واجيب عن الاول بانه ليس بمعنى
الامر بل هو صيغة اخبار لبيان الشرعية وهو حقيقة فلا يصار الى المجاز مع امكان العمل بها سلمناه ولكنه للاستحباب بالاجماع وعن الثاني
بان اقرأهم كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه على ما روي عن عمر رضي الله عنه انه حفظ سورة البقرة في ثنتي عشرة سنة فقدم في الحديث
ولا كذلك في زماننا لا يقال هذا يفضي الى التكرار اذ يصير معنى الحديث الى يؤم القوم اعلمهم فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة لان المراد اقرأهم
اي اعلمهم باحكام كتاب الله تعالى ومن السنة وقوله اعلمهم بالسنة اي اعلمهم باحكام كتاب الله تعالى ما علمهم بالسنة فعلم ان قوله اعلمهم بالسنة هو
اعلمهم بكتاب الله تعالى والسنة وكان الاعلم الثاني دون الاعلم الاول وقوله وان تساووا فاورعهم ليس في لفظ الحديث في ترتيب الامامة انما
في الحديث بعد ذكر الاعلم ذكر اقدمهم هجرة لكن اصحابنا جعلوا مكان الهجرة الورع والصلاح لان الهجرة كانت منقطعة في زمانهم فجعلوا الهجرة
عن المعاصي مكان تلك الهجرة والورع الاجتناب عن الشبهات والتقوى هو الاجتناب عن المحرمات فان تساووا فاسنهم ظاهر ولم يذكر ان
تساووا في السن وذكر غيره احسنهم خلقا ثم احسنهم ثم اصبحهم وجها وجملة القول ان المستحب في التقديم ان يكون افضل القوم قراة وعلما وصلاحا
ونسبا وخلقا اقتدا برسول الله صلى الله عليه وسلم فانه كان هو الامام في حياته لسبقه ساير البشر بهذه الاوصاف ثم امتهم الافضل فالافضل
قال ويكره تقديم العبد العبد لا يتفرغ لتعلم احكام الصلاة فكره الصلاة خلفه وقال ابن فهي لا يتوجه الحرج عليه اذا استويا في القراة
والعلم والورع لقوله صلى الله عليه وسلم اسمعوا واطيعوا ولو امر عليكم عبد حبشي اجدع والجواب ان تقديمه يؤدي الى تقليل الجماعة لان الناس
يستنكفون عن متابعته وما يؤدي اليه مكروه والمراد بالحديث الامارة ويكره تقديم الاعرابي لغلبة الجهل فيهم والفاسق لانه لا يهتم بامر دينه
وقال مالك لا يجوز الصلاة خلفه لانه لما ظهر منه الخيانة في الامور الدينية لا يؤمن في اهم الامور قلنا عبد الله بن عمر وانس بن مالك وغيرهما من
الصحابة والتابعين صلوا خلف الحجاج وكان افسق اهل زمانه والاعمى لما ذكر في الكتاب وولد الزنا لانه ليس له اب يعلمه اي يؤدبه
ويعلمه وان تقدموا وصلوا جازت الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم صلوا خلف كل بر وفاجر ووجه الاستدلال ان كل واحد من هؤلاء المذكو
رين اما ان يكون برا او فاجرا فيجوز الصلاة على كل حال ولا يطول الامام بهم اي بالقوم الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم من ام قوما الحديث وحديث
معاذ بن جبل شكى قومه تطويل قراته معروف وصح انه صلى الله عليه وسلم قرا بالمعوذتين في صلاة الفجر فلما فرغ قالوا اوجزت قال سمعت بكاء صبي
فخشيت على امه ان تفتتن وذلك اصح دليل على ان الامام ينبغي ان يراعي حال قومه ويكره للنساء ان يصلين جماعة لانهن في ذلك لا يخلون عن
ارتكاب محرم اي مكروه لان امامتهن اما ان يتقدم على القوم او يقف وسطهن وفي الاول زيادة الكشف وهي مكروهة وفي الثاني ترك الامام
مقامه وهو مكروه والجماعة سنة وترك ما هو سنة اولى من ارتكاب المكروه وصار حالهن كحال العراة في انهم اذا ارادوا الصلاة في جماعة وقف
الامام وسطهم كيلا يقع بصرهم على عورته فانه مكروه ويترك السنة لاجله وفي ان الافضل لكل من النساء والعراة ان يصلي وحده خلا ان العراة يصلي
كل

كل منهم منفردا قاعدا بايماء دون النساء وقوله فان فعلن اي صلين جماعة قامت الامام وسطهن لما ذكر في الكتاب من الاثر والمعقول فان قيل
تعارض هنا حرمتان زيادة الكشف في التقدم وترك مقام الامام بالتوسط فلم رجحت رعاية جانب الكشف على جانب ترك المقام اجيب بان
الاحتراز عن الكشف فرض والاحتراز عن ترك مقام الامام سنة والفرض مرجح لا محالة وقوله وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام جواب
عما يقال اذا كانت امامتهن مكروهة فكيف فعلته عائشة رضي الله عنها ووجهه انها فعلت ذلك في ابتداء الاسلام وكانت جائزة سنة بقيت
الامام بينهن فنسخت سنيتها دون الجواز فانهن لو صلين جماعة جازت بالاجماع تقدمت الامام او توسطت لاستجماع شرايط الاجماع
ولكن الافضل التوسط لرجحان جانب الستر كما ذكرنا وفيه بحث من اوجه الاول ان النبي صلى الله عليه وسلم اقام بمكة ثلاث عشرة سنة ثم تزوج
عائشة رضي الله عنها بالمدينة فكيف يصح قوله حمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام والثاني ان المذهب عندنا ان انتفا صفة الوجوب
يستلزم انتفا صفة الجواز كما عرف ولا فرق بين الوجوب والسنة في ذلك لوجوب الموجب فيها لوجوده فيه وهو واضح لمن اولين لي
علم اذ قد قررنا طريق ذلك في التقرير فاذا انسخت السنية نسخ الجواز والاستدلال بالمنسوخ غير صحيح والثالث ان امامتهن في صلاة
الجنازة غير مكروهة وارتكاب احد المحرمين فيها موجود والرابع ان التعليل بزيادة الكشف غير صحيح لبقاء الحكم بدونها فان المراة لو لبست ثوبا
ستر من قرنها الى قدمها وامت للنساء خاصة ولا رجل ثم فانه لا كشف هناك اصلا فضلا عن الزيادة وتعدها مكروه وبقاء الحكم بدون
العلة غير صحيح فالجواب عن الاول انه يجوز ان لا يكون المراد بابتداء الاسلام ما قبل زمان الانتشار فانه ابتداء بالنسبة وعن الثاني بان
الجواز الباقي جواز في ضمن الكراهة والذي كان في ضمن السنة نسخ معها والاستدلال بفعلها لبيان انها كانت سنة ونسخت وانما جوزت
في زماننا بمقتضى الجواز الذي كان من استجماع شرايطه وانتفاء مانعه مع ما يوجب كراهته من ارتكاب المحرم وعن الثالث بان ترك الجماعة
انما كان لاجتماع السنة مع الكراهة فتركنا السنة لاجل الكراهة وفي صلاة الجنازة اجتمع الفرض مع الكراهة فعند ابتلين بترك الفرض
تحرزا عن ارتكاب المكروه او اقامته مع ارتكابه اولى وان قلت ذلك لانهن ان صلين ذلك جماعة وقامت الامام وسطهن ادين فرضا يكون الصلاة
فرضا عن الكل وارتكبن مكروها وان صلين فرادى تركن المكروه لكن على وجه يؤدي الى فوات الصلاة عن بعضهن لان الفرض يسقط
باداء الواحد وقد يسبق فراغ قبل الباقيات فيكون الصلاة من الباقيات نفلا والتنفل بصلاة الجنازة غير مشروع وعن الرابع بان
ذلك نادر لا حكم له على ان ترك التقدم ثابت بالسنة والتعليل لايضاحها قال ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه اذا صلى الامام
مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما قال بت عند خالتي ميمونة لارقب صلاة النبي صلى الله عليه وسلم بالليل
فانتبه فقال نامت العيون وغارت النجوم وبقي الحي القيوم ثم قرا من سورة ال عمران ان في خلق السماوات والارض واختلاف
الليل والنهار الى اخرها ثم قام الى شن معلق فتوضا وافتتح الصلاة فقمت وتوضات ووقفت على يساره فاخذني باذني وادارني خلفه حتى
اقامني عن يمينه وفي مبسوط شيخ الاسلام فقمت خلفه فاخذ ذوابتي واقامني عن يمينه فعدت الى مكاني فاعادني ثانيا وثالثا فلما فرغ قال
ما منعك يا غلام ان تثبت في الموضع الذي اوقفتك قلت انت رسول الله ولا ينبغي لاحد ان يساويك في الموقف فقال صلى الله عليه وسلم اللهم
فقهه في الدين وعلمه التاويل فاعادة رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الجانب الايمن دليل على انه هو المختار اذا كان مع الامام رجل واحد
واعترض بان الجماعة في صلاة النفل بدعة وصلاة الليل كانت نافلة واجيب بان التهجد كان فرضا على النبي صلى الله عليه وسلم وكان
اقتدا متنفل بمفترض ولا يتاخر المقتدي الواحد عن الامام في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه يضع اصابعه عند عقب الامام
والمعتبر طول المقتدي الذي بحيث يقع سجوده قبل الامام لكبره للوقف قوله لانه خالف السنة يعني ما ذكرنا من حديث ابن عباس
رضي الله عنهما ولم يفصل بين ما اذا وقف خلف الامام او عن يساره وهو اختيار بعض المشايخ ومنهم من فرق وقال لا يكون مسيئا اذا كان
خلف الامام لان ابن عباس رضي الله عنهما فعل ذلك وقد دعا له النبي صلى الله عليه وسلم لما ذكرنا انفا بخلاف ما اذا قام عن يساره فان
حذيفة رضي الله عنه فعل ذلك ورد عليه النبي صلى الله عليه وسلم وقوله ونقل ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه روي ان ابن مسعود رضي
الله عنه صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما ولنا انه صلى الله عليه وسلم تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما عن انس بن مالك
رضي الله عنه ان جدته مليكة دعت رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعته فاكل منه ثم قال قوموا فاصلي بكم قال انس فقمت
الى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس فنضحته بماء فقام عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وصففت انا واليتيم وراءه والعجوز من
ورائنا فصلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم انصرف فهذا اي تقدم النبي صلى الله عليه وسلم دليل الافضلية والاثر دليل
الاباحة ولم يعكس ليكون من دليل باب تعليم الجواز والاباحة كما هو زعم ابي يوسف حملا لفعل النبي صلى الله عليه وسلم على الافضلية وقال
ابراهيم النخعي وما روي عن ابن مسعود كان لضيق فاذا الا يكون ... وقيل اليتيم اخو انس لابيه اسمه ابو عمير واليتيم علم غالب له كالنجم
للثريا ووجه الاستدلال بقوله من حيث اخرهن الله ما قال ابو زيد في الاسرار حيث عبارة عن المكان والمكان يجب تاخيرهن فيه
الا مكان الصلاة وقيل يجوز ان يكون تعليلا يعني كما اخرهن الله في الشهادة والارث والسلطنة وسائر الولايات وقوله واما الصبي
فلانه متنفل واضح لانه غير مكلف وقوله ولا يجوز اقتداء المفترض به سيجيء بيانه وقوله السنن المطلقة يعني به السنن الرواتب
المشروعة قبل الفرايض وبعدها وصلاة العيد على احدى الروايتين والوتر عندهما وصلاة الكسوف والخسوف والاستسقاء عند هما
وقوله جوزه مشايخ بلخ لانهم قاسوا هذه المسالة بمسالة المظنون فعله الصحابة النفل في حق الصبي غير مضمون فصار كنفل البالغ اذا كان غير
مضمون وهي في مسالة المظنون لانهما سوا في هذا الوصف ولم تجوزه مشايخنا يعني مشايخ ما وراء النهر بخارا وسمرقند ومنهم اي من المشايخ

مطلب الجماعة في صلاة النفل بدعة

من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف ومحمد فقال ابو يوسف لم يجز اقتدا البالغ بالصبي في النفل المطلق ومحمد جوزه
والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها وهذا اختيار منه لمذهب علما ومشايخ ما ورا النهر لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضا
بالافساد بالاجماع وقوله بخلاف المظنون جواب عن قياس مشايخ بلخ على المظنون وتقريره قياس اقتدا البالغ بالصبي على الاقتدا بالظان فاسد
لان المظنون مجتهد فيه لان عند زفر القضا واجب على الظان وكل مجتهد فيه يحتمل صحة ما فيه على العداوة فالمظنون يحتمل وجوب القضا بالنظر الى
اجتهاد زفر والى تم عن العدول بوجوبه مطلقا انما هو العارض وهو ظن الامام وهو عارض غير معتد عرض بعدما لم يكن مجاز اعتبار عدمه وحينئذ
يكون المظنون واجب القضا مطلقا وكان اقتدا ضامن بضامن بخلاف الصبي فان عدم القضا عليه بالاجماع لا يحتمل كونه مضمونا والصبي
ايضا عارض ممتد لا يمكن اعتبار عدمه وكان اقتدا ضامن بغير ضامن وهو بنا القوي على الضعيف وبخلاف الصبي بالصبي لان الصلاة متحدة اعتدام
لعدم الضمان على واحد منهما وكان بنا الضعيف على الضعيف قال ـــ ويصف الرجال ثم الصبيان هذا ترتيب القيام خلف الامام وليليني
امر من الولي وهو القرب والاحلام جمع الحلم بالضم وهو ما يراه النايم وغلب استعماله فيما يراه النايم من دلالة البلوغ والمراد ليليني البالغون
منكم والنهي جمع نهية وهي العقل فان قيل هذا الحديث يدل على تقديم الرجال على الصبيان وان تقديم الرجال لا على الصبيان على الف فلا دلالة
اجيب بان الصبيان تابعة للرجال لاحتمال رجوليتهم ويحتمل انوثتهم لا تقديمهن عليهن ثابت بجعل النبي صلى الله عليه وسلم خلفه اقام لم يجوز
ورا اليتيم ولكن لم يذكره في الكتاب فقوله ـــ ولان المحاذاه دليل معقول وتمهيد لذكر مسالة المحاذاه وقوله وان حاذته امراه اعلم ان المحاذاه
المفسده هي ان يحاذي قدم المراه عضوا من الرجل في الصلاه وشرايطها ان تكون المراه مشتهاه حالا او ماضيا منويه امامتها وان تكون
الصلاة مطلقة مشتركة تحريمه واداوان لا يكون بينهما حايل وذكر المراه مطلقة ليتناول المحارم والحليلة والاجنبيه وذكر الحال ليتناول
الصغيرة المشتهاه واختلفوا في حد الشهوه فقدره بعضهم بسبع سنين وبعضهم بتسع سنين والاصح انه لا معتبر بالسن فان كانت عبلة ضخمة
كانت مشتهاه والا فلا وذكر القاضي ليتناول العجوز التي نفر منها الرجال لانها كانت مشتهاه وشرط نية امامتها لان اقتداها لا يصح
بدونها فلا يفسد صلاة الرجل ووصف الصلاه بكونها مطلقة احتراز عن صلاة الجنازه فان المحاذاه لا يفسدها لانها ليست بصلاة على الحقيقة
وانما هي دعا للميت وان لا يصح اقتدا الرجل بالمراة فيها تشبيها بالصلاة المطلقة في اشتمالها على التحليل والتحريم وشرط الاشتراك وهو
يتحقق باتحاد الفرضين وباقتدا المتطوعه بالمتطوع وبالمفترض وان يكون الاشتراك تحريمه وادا حتى لا يكون المحاذاه في ادا ما سبق
مفسدا بدليل وجوب القراه وسجدة السهو فلم يكونا مشتركين اذا بخلاف اللاحق لانه يودي مع الامام تقديرا فان قيل اذا اقتدت
ناويه للعصر برجل يصلي الظهر لم يصح اقتداوها نفلا وانما يصح نفلا فقد وجد الشرط ولم تفسد الصلاه اجيب بالمنع وشرط عدم الحايل
لانه اذا كان بينهما حايل مثل موخره الرجل لا تفسد وقد ظهر من هذا انه اذا فات شرط من شروطها لا تفسد لما قال انها عرفت مفسده بالنص
وهو ما روي انس رضي الله عنه ان جدته مليكة صنعت طعاما الى اخر ما روينا بطريق القياس فيراعي جميع ما ورد به واما اذا وجدت هذه
الشروط كلها فانها تفسد عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو القياس اعتبارا بصلاتها فانها لا تفسد ووجه ظاهر لان المحاذاه لما لم
توجب فساد صلاة الرجل لا ان المحاذاه فعل يتحقق من الجانبين ووجه الاستحسان وهو الذي ذهب اليه علماونا رحمهم الله ان هذا
مقام الامام ومن ترك المقام فسدت صلاته اما انه ترك فرض المقام فلانه تاخير المراه فرض على الرجل في صلاة يشترك فيها لما روي عبد الله
بن مسعود رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اخروهن من حيث اخرهن الله امر الرجال بالتاخير ولا مكان يجب تاخيرهن
في غير الصلاة فتعين التاخير فيها فان قيل هذا خبر واحد ولا يثبت به الفرض اجيب بانه من المشاهير واليه اشار المصنف بقوله
وانه من المشاهير ولان تاخيرها في الصلاة المشتركة فرض بدلالة الاجماع لانا اجمعنا على عدم اقتدا الرجل بالمراة مع اتحاد فرضهما
وهو اما ان يكون لنقصان حالهن في ذلك كالصبي او لعدم صلاحيتها كالامي او لفوات شرط من شروط الصلاة كالعاري او لفوات تقديم
المقام كما في امامة المتاخر والاول والثاني لا يستقيم لعدم مجاوزة انتفا جواز الاقتدا بها شرعا وليس للنقصان لانه غير مانع لصحة الاقتدا مطلقا
لجواز امامة العبد والفاسق والاعمى مع نقصان احوالهم بلا اثم يمنع اذ الزم من ذلك محظور كامامة الصبي فانها تستلزم بنا القوي
على الضعيف ولا لعدم الصلاحيه لجواز امامتها للنسا متقدمه ومتوسطه ولا لانتفا شرط من الشروط لان الفرض عدمه فلم يكن ذلك الا باعتبار
ترك فرض المقام الثابت بقوله صلى الله عليه وسلم اخروهن الحديث فلما اجتمعنا ههنا لا فرق لها التاخير يثبت الفساد وفي المتن ذكر فيه ايضا
لانعدام التاخير وامامتي ترك فرض المقام فسدت صلاته فكالمقتدي اذا تقدم على امامه وقوله وهو المخاطب به جواب عن وجه القياس
وتقريره لا يلزم من عدم فساد صلاتها عدم فساد صلاته لانه هو المخاطب بالتاخير لها دونها فيكون هو التارك لفرض المقام
فتفسد صلاته دون صلاتها كالماموم اذا تقدم على الامام واعترض بانه اذا كان مامورا بالتاخير كانت مامورة بالتاخر ضرورة واجيب
بالمنع فانه يمكن تاخير الرجل بان يتقدم عليها خطوة او خطوتين ولان سلمنا ذلك لكنه ضمني فلا يساوي القصدي وقوله
وان لم ينو امامتها بيان لتاثير النية وقوله لم يفسد المحاذاه المصلي وقوله لان الاشتراك لا يثبت دونها اي دون النية عندنا خلافا لزفر
فان عنده نية امامتها ليست بشرط لفساد صلاة الرجل بعدما دخلت في صلاته لان الرجل صالح لامامة الرجال والنسا ثم اقتدا الرجل به
صحيح بلا نية امامته فكذلك اقتدا المراة وقوله الاترى توضيح لقوله لان الاشتراك لا يثبت دونها وتقريره الامام يلزمه الترتيب في المقام
بالنص وكل من يلزمه شي يتوقف على التزامه كالاقتدا فان لزوم فساد صلاة المقتدي لما كان من جانب الامام محتملا لم يصح اقتدا الا بالتزام
والالتزام انما يكون بالنيه فكما ان الاقتدا لا يصح بدون النيه ليكون الضرر اللازم من جانب الامام ضررا مرضيا كذلك لا يصح امامتها
الف

الف بدون النيه ليكون الضرر اللازم للامام من جانبهن ضررا مرضيا وهذا واضح جدا وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل هذا
موقوف على ثبوت اشتراط الاشتراك وثبوته ممنوع ولان الظاهر يفصل بين ان يكون المحاذاه في صلاة مشتركة او غيرها والثاني انه منقوض
على قول ابي حنيفة رحمه الله باقتدا القاري بالامي والجواب عن الاول انه تشكيك في المسلمات فان كلا ممن تصور مسالة المحاذاه شرط
الاشتراك وانما الخلاف بيننا وبين زفر انه يقول الاشتراك يتحقق في صلاته نوى امامتها او لم ينو ونحن نقول لا يثبت الاشتراك
دونها كما ذكرنا انفا والتشكيك في المسلمات غير مسموع على ان النص يدل على ترتيب المقام والمقام وترتيبه انما يتصور في صلاة ادية
بجماعة لان الامام يتقدم على الماموم بالرتبة والصلاة بالجماعة تستلزم الاشتراك وعن الثاني بانه على قول الكرخي ممنوع فانه لا يصح
عنده بدون النيه ولئن سلمنا فيقول كلامنا في فساد يحصل بسبب الاقتدا الكامل لا في الفساد الذي به فان صلاة الامام انما تفسد بسببه
وصورة النقض ليست كذلك لان القاري لو صلى وحده والامي وحده وامكن للامي الاقتدا به فسدت ايضا صلاته فلم يكن الفساد بسبب
اقتدايه حتى يدفع عن نفسه بترك النيه وقوله وان لم يشترط نية الامام اذا تمت محاذاته اي اذا اقتدت بالامام محاذاة له بشرط نية الامام
لفساد الصلاة واما اذا وقفت خلفه فاما ان يكون بجنبها رجل ام لا فان كان فالصواب ان اقتداها لا يصح الا بالنيه من جهة الامام لانه
يلزم الفساد على من بجنبها وذلك يستدعي النيه ممن بجنبها على الاصل المار الا انه مولى عليه من جهة امامه فيتوقف ما يلزمه على التزام
امامه وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان في رواية لا يصح اقتداها لاحتمال الفساد من جهتها بالمشي والمحاذاه فيحتاج الى الالتزام
وفي رواية يصح وعلى هذه الروايه يحتاج الى الفرق وهو ان الفساد في الاول وهو ما اذا كانت محاذيه لازم اي واقع وفي الثاني وهو
ما اذا كانت خلفه وليس بجنبها رجل محتمل لاحتمال ان تمشي فتحاذي وكون الظاهر عدم ذلك فلم يشترط نية الامام هذا في صلاة مشتركة
واما في صلاة لا يشتركان فيها فالتقدم عليه ومحاذاته اياه يورث الكراهه وقوله ويكره لهن حضور الجماعات كانت النسا يباح لهن
الخروج الى الصلاة ثم لما صار سببا للوقوع في الفتنه منعهن عن ذلك جاء في التفسير ان قوله تعالى ولقد علمنا المستقدمين منكم ولقد علمنا المستاخرين ين
نزلت في شان النسا حيث كانت النسا يتاخرون للاطلاع على عورات الرجال ولقد نهى عمر رضي الله عنه النسا عن الخروج الى المساجد فشكون
الى عايشه رضي الله عنها فقالت لو علم النبي صلى الله عليه وسلم ما علم عمر ما اذن لكن في الخروج فاحتج به علماونا رحمهم الله ومنعوا
الشواب عن الخروج مطلقا واما العجايز فهي تجوز والعامه يقولون يجوز فمنعهن ابو حنيفة رحمه الله عن الخروج في الظهر والعصر
دون الفجر والمغرب والعشا وجاز الى الصلاة كلها لانتفا الفتنة لقلة الرغبة في العجايز وكذلك في العيد بالاتفاق اما
الصلاة كما روى الحسن عن ابي حنيفة انهن يخرجن للصلاة ويقمن في اخر الصفوف فيصلين مع الرجال لانهن من اهل الجماعة تبعا للرجال
او لتكثير السواد كما روى المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انهن يخرجن لتكثير السواد يقمن في ناحية ولا يصلين لانه صح انه صلى الله عليه وسلم
امر الحيض بذلك وليست من اهل الصلاة وله ان فرط الشبق حامل على الوقوع فيقع الفتنة والفرط يكون الرامي وراء الحد والشبق
تضمين شده كشهوة الضراب غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشا فهم نايمون وفي المغرب بالطعام مشغولون
جعل المصنف الجمعة من قبيل صلاة الظهر وهو المذكور في المبسوط والمحيط حتى لا يباح لهن الخروج اليها وشيخ الاسلام جعلها من قبيل صلاة
العيدين حتى لا يباح لهن الخروج والمغرب جعله المصنف من قبيل العشا وهو المذكور ايضا فيهما وجعله شيخ الاسلام من قبيل الظهر وقوله
والجبانه سعه جواب عن قياسهما على صلاة العيد والفتوى اليوم على كراهة حضورهن في الصلوات كلها لظهور الفساد قال
ولا يصلي الطاهر الاصل في جنس هذه المسايل قوله صلى الله عليه وسلم الامام ضامن بمعنى يضمن صلاته صلاة المقتدي لانا نعلم بيقين
ان معناه ليس الضمان في الذمه فان صلاة المقتدي ليست في ذمة الامام فيكون معناه صلاة الامام تتضمن صلاة المقتدي وصلاة
المقتدي اذا كان اقوى حالا من الامام فوق صلاته والشي انما يتضمن ما هو دونه او مثله لا ما هو فوقه وعلى هذا لا يجوز اقتدا الطاهر
بمن هو في معنى المستحاضه وهو من به سلس البول وانطلاق البطن وانفلات الريح والرعاف الدايم والجرح الذي لا يرقا ولا الطاهرات
خلف المستحاضه لنقصان حال هولا لنقصان حال المقتدي والمكتسي بالعريان ولا الامي بالاخرس لقوة حالهما اذ المراد بقوة الحال الاشتمال هو لاعي حالهم
على ما لم تشتمل عليه صلاة الامام مما يتوقف الصلاة عليه والامي يقدر على الافتتاح دون الاخرس واختلفوا في جواز اقتدا المتوضي
بالمتيمم فجوزه ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله ومحمد رحمه الله منعه وقال لانه طهاره ضروريه والطهاره بالما اصليه ولا شك ان حال من اشتمل
على الطهاره الاصليه اقوى من حال من اشتمل على الطهاره الضروريه ولهما انه طهاره مطلقة اي غير موقتة بوقت كصلاة المستحاضه
ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجه وكان المتيمم كالمتوضي واعلم ان التيمم طهاره ضروريه لاتفاق علماينا انه في الحقيقة تلويث ولا يصار اليه الا عند
العجز عن استعمال الما ومطلقة باتفاقهم لانه ليس موقتا بوقت ويباح به ما يباح بالطهاره بالما من استباحة الصلاة وسجدة التلاوه ومس
المصحف وان الاختلاف في تعليل كل منهما فيما يصلح ان يكون علة فيه فاختار ابو حنيفة وابو يوسف جهة الاطلاق في حق الصلاة لان الشارع
اعطاه حكم الطهارة المطلقة واقتضى نفي الحرج بقوله ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم به من غير فصل وتوقيت وفي
نفي جواز الاقتدا به نوع من الحرج واختار جهة الضروره في حق انقطاع الرجعه اذا انقطع دمها في الحيضة
الثالثة فيما دون العشره وقالا لا ينقطع الرجعه بمجرد التيمم من غير ان يصلي لان الشرع لم يذكر كونها طهاره في الرجعه وكان المقصود
من طهارتها اداء الصلاة فما لم يترتب عليه ما هو المقصود منه لم يكن طهاره بالنسبه الى غيره واما محمد رحمه الله فقد عمل في كل واحد من البابين
بالاحتياط والاحتياط في باب الصلاة القول بعدم جواز المتوضي بالمتيمم لانه لما لم يجز له ذلك لا بد له ان يقتدي بالمتوضي او يصلي منفردا

حتى يكون صلاته بالوضوء فيخرج عن عهدة الصلاة على الوجه الاكمل في باب الرجعة القول بالانقطاع لانه لما انقطعت الرجعة لم يكن له ان
يراجعها ولا يحل له وطيها وانقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط راجع الى الاثر يعني لو اغتسلت وبقي على يدها لمعة انقطعت الرجعة
عنها احتياطا واذا تصور التيمم على هذا الوجه اندفع ما سواه اي ان كل واحد من العلما ترك اصله وما قض كلامه ويوم القايلين
لانه غسل قدميه فغسل الخف والخف منع سراية الحدث الى القدمين فهو باق على كونه غاسلا فان قيل لا نسلم انه باق على كونه غاسلا
لان الخف قام مقام بشرة القدم والحدث قد حله اجاب بقوله وما حل بالخف يزيله المسح وكان
المسح على الخف كغسل الرجل وقوله ويصلي القايم خلف القاعد ظاهر وقوله انه عليه السلام صلى اخر صلاته قاعدا والقوم خلفه قيام وهو ما روي
انه عليه السلام لما ضعف في مرضه الذي قبض فيه قال مروا ابا بكر يصلي بالناس فقالت عايشة لحفصة رضي الله عنها قولي له ان ابا بكر رجل
اسيف اذا وقف في مكانك لا يملك نفسه فلو امرت غيره ففعلت ذلك فقال عليه السلام انكن صاحبات يوسف مروا ابا بكر يصلي بالناس
فلما افتتح ابو بكر رضي الله عنه الصلاة فوجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في نفسه خفة فخرج يهادى بين علي والعباس ورجلاه تخطان الارض
خطا حتى دخل المسجد فسمع ابو بكر رضي الله عنه حس مجي النبي صلى الله عليه وسلم فتاخر وتقدم النبي صلى الله عليه وسلم وجلس يصلي
وابو بكر يصلي بصلاته والناس يصلون بصلاة ابي بكر يعني ان ابا بكر كان يسمع تكبير رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكبر والناس
يكبرون بتكبير ابي بكر وهذا اخر صلاته صلى الله عليه وسلم فكان ناسخا لما قبله فان قيل هذا الحديث مضطرب فان في بعض الروايات
تدل على ان الامام كان ابو بكر وبعضها على انه صلى الله عليه وسلم فكيف يصح الاستدلال به اجيب بان الامام الخطابي في شرح الصحيح
رجح هذه الرواية التي اخذ بها ابو حنيفة وابو يوسف وهو رواية عبد الله بن عتبة لفقهه واتقانه وموافقة ابن عباس رضي
الله عنهما فقلت اعرض عليك ما حدثتني عايشة رضي الله عنها عن مرض رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هات فعرضت عليه حديثها
فما انكر منه شيا وقوله ويصلي المومي خلف مثله ظاهر وقوله لان القعود معتبر فيثبت به القعود دليله ان صلاة التطوع متنفلا
بالايماء القادر جائزة على القعود لا يجوز قال ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي قال زفر رحمه الله يصح اما من المومي لمن
يركع ويسجد لان الركوع والسجود سقطا الى بدل والمتادي بالبدل كالمتادي بالاصل ولهذا قلنا ان المتيمم يوم المتوضيين
ولنا ان حال المقتدي اقوى بنا على ما ذكرنا من الاصل فيمتنع الاقتدا ولا نسلم ان الايما بدل عن الركوع لانه بعضه وبعض الشي لا يكون
بدلا عنه فكما كان بعض الاصل لم يجز الاقتدا الكامل مقتديا في بعض الصلاة دون بعض وذلك لا يجوز وقوله ولا يصلي المفترض خلف
المتنفل هذه مسالة اقسام اقتدا المفترض بالمتنفل وعكسه واقتدا المفترض بالمفترض مختلفين فاما الاول فلا يجوز لان الاقتدا بنا امر
وجودي لانه عبارة عن متابعة شخص لاخر في افعاله بصفاتها وهو مفهوم وجودي لا سلب فيه وبنا الامر الوجودي على المعدوم
بصفاتها غير متحقق ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فيما نحن فيه واما الثالث فكذلك لان الاقتدا شركة يعني في التحريمة
وموافقة يعني في الافعال ولا شركة ولا موافقة الا عند اتحاد ما يحرم له وفعلاه ويجوز ان يكون معنا شركة في التحريمة على قول
ابي حنيفة وموافقة فيها على قولهما قيل وفيه نظر لان الشركة تقتضي المعية في الاشتراك والبنا تقتضي التعاقب فيكون بين الدليل
الاول والثاني تناف والجواب ان الاشتراك انما هو بالنسبة الى التحريمة والبنا بالنسبة الى الافعال فلا تنافي بينهما واما الشافعي رحمه الله
جوز الاقتدا في الصورتين جميعا فقال المصنف لان الاقتدا عنده ادا على سبيل الموافقة يعني ان كل واحد يصلي بنفسه الا انه
يوافق الامام في الاركان والانتقال من حيث الوقت وفيه نظر لانه استدل بالموافقة على عدم جواز الاقتدا واستدل بها ايضا الشافعي
رحمه الله على جوازه وذلك ظاهر التضاد والجواب ان المراد بالموافقة في دليلنا موافقة تبعية وفي دليله موافقة في تطبيق افعاله الصادر
منه على الزمان الذي طابقه الامام ليس والا هذا اخير ذلك لا محالة وقوله وعندنا معنى التضمن مراعى اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم
الامام ضامن على ما تقدم من معناه وكون الشي لا يتضمن ما فوقه فان قيل قد صح ان معاذا رضي الله عنه كان يصلي العشا مع النبي صلى الله عليه وسلم
ثم يرجع فيصليها بقومه في بني سلمة فكانت صلاته لقومه فرضا وصلاته نفلا اجيب بان ذلك لا يلزم لان معاذا جاز ان تنوي مع النبي صلى الله عليه
وسلم نفلا ويصلي بقومه فرضا ويصح اقتدا المتنفل بالمفترض وهو القسم الثاني لان الحاجة في حقه اي في حق المتنفل الى اصل الصلاة
وهو موجود في حق الامام فيتحقق البنا وهذا بنا على ان مطلق النية كاف في صحة النفل والفرض يشتمل عليه فيصح الاقتدا بخلاف العكس
والحاصل ان الشركة لا بد منها في صحة الاقتدا وامارتها جواز بنا احدهما على الاخر للمنفرد في المختلفين والمنفرد لا يصح له ان يبني
فرضا على فرض اخر فلا يقتدي بغيره كذلك ولذا لا يصح له ان يبني الفرض على النفل واما بنا النفل على تحريمة الفرض فقد يجوز وان كان مكروها
فيصح الاقتدا بغيره ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد وانما قيد بالعلم بعد الاقتدا لانه لو علم بذلك قبله لم يجز الاقتدا به اجماعا
وقال الشافعي لا يجب عليه الاعادة بنا على ما تقدم ان الاقتدا عنده ادا على سبيل الموافقة من غير معنى التضمن ولنا ما روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم صلى باصحابه ثم تذكر جنابة فاعاد واعادوا وقال من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلاته واعادوا وعورض بما روى
انس بن مالك رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل في صلاته فكبر وكبرنا معه ثم اشار الى القوم ان امكثوا كما انتم فلم نزل قياما
حتى اتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اغتسل وراسه تقطر ماء فصلى بهم ولو لم تكن صلاتهم منعقدة لم يكلفهم استدامة القيام فدل على ان عدم طهارة
الامام لا يمنع انعقاد صلاة المقتدي اذا لم يعلم بحال الامام واجيب بان الامر بالمكث لا يدل على الانعقاد لجواز ان يكون ذلك
منعا لهم عن التفرق الا ترى ان محمد بن سيرين ذكر هذه القصة وذكر ان النبي صلى الله عليه وسلم اومى اليهم ان اقعدوا ولو انعقدت صلاتهم لم

يكون م

يأمرهم

يأمرهم بذلك لجواز ان يكون ذلك قبل تعلق صلاة القوم بصلاة الامام على ان ذلك حكاية فعل لا يعارض القول وقوله ونحن نعتبر معنى التضمين
معناه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الامام ضامن ولا يخلو اما ان يكون المراد به انه ضامن لصلاة نفسه ولا فايدة في ذلك لان كل واحد كذلك
او ضامن لصلاة القوم وهو صحيح ثم انه اما ان يكون ضامنا لصلاتهم وجوبا او ادا او صحة وفسادا والاول غير مراد بالاجماع فتعين الاخران
على معنى انه يتحمل السهو والقراة عن المقتدي وتفسد صلاة المقتدي بفساد صلاة الامام وقوله واذا صلى الامي منسوب الى الام اي هو
كما ولدته امه والمراد به حيث ورد في الكتاب والحديث ولسان العرب من لا يحسن الخط ولا يقرا شيا ومن احسن قراة اية من التنزيل خرج عن
كونه اميا عند ابي حنيفة رحمه الله وثلث ايات او اية طويلة عندهما فيجوز اقتدا من يحفظ التنزيل به لان فرض القراة تتم بما ذكرنا
من المقدار وما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله وهذا اشارة الى ترك فرض القراة وقوله تكون قراته قراة له يعني لما روينا من قوله من كان
له امام فقراة الامام قراة له وقوله بخلاف تلك المسالة يريد ما استشهد به من القاري اذا ام عراة ولابسين وامثالها يريد به الامي
ام قوما قارين وخرسا وصاحب الجرح والمومي اذا اما من هو مثلهما او من هو اعلى حالا منهما والمذكور في الكتاب احد طريقي ابي حنيفة
رحمه الله والطريق الاخر ما ذكره الكرخي وهو ان افتتاح الكل قد صح لان اوان التكبير والامي قادر عليه كالقاري فيصح الاقتدا فاذا
الامي محتملا فرض القراة عن القاري ثم جا اوان القراة وهو عاجز عن الوفا بما تحمل فسدت صلاته وبفساد صلاته تفسد صلاة القوم بخلاف
ساير الاعذار فانها قايمة عند الافتتاح ولا يصح اقتدا من لا عذر به بصاحب العذر وقوله ولو كان يصلي الامي فيه شابه الجواب عما يقال
لو كان النظر الى القدرة على جعل الصلاة بقراة بالاقتدا بالقاري معتبرا لما جاز صلاة الامي وحده والقاري وحده لاقتداره على جعل
صلاته بقراة بالاقتدا بالقاري ووجهه انه لم يعتبر ذلك لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة والشرع انما جعل قراة الامام قراة المقتدي اذا
اقتدى بخلاف ما نحن فيه فان الكل ... في الاقتدا وقوله وهو الصحيح احتراز عما ذكر ابو حازم القاضي قول ابي حنيفة ان لا يجوز صلاته
وهو قول مالك وقوله وقدم في الاخريين اميا اي احدث فاستخلف اميا فسدت صلاتهم وقال زفر وهو رواية عن ابي يوسف في غير رواية
الاصول لا تفسد صلاته لان فرض القراة قد تادى وكان استخلاف القاري والامي سوا ولنا ان كل ركعة صلاة فلا تخلو عن القراة
بالدلايل الدالة على وجوبها اما تحقيقا كما في الركعتين الاوليين واما تقديرا كما في الاخريين فان القراة في الاوليين قراة في الاخريين
بالحديث وليس شي منهما بموجود في حق الامي اما تحقيقا فظاهر واما تقديرا فلعدم الاهلية والشي انما يقدر اذا امكن تحققه وقوله
وكذا على هذا لو قدمه اي الامي في التشهد يعني قبل ان يقعد مقدار التشهد لم تفسد صلاته عند زفر وفسدت عندنا واما اذا قدمه بعد
ما قعد قدر التشهد فسدت صلاته عند ابي حنيفة خلافا لهما وهي من الاثني عشرية وقيل لا تفسد عند الكل اما عندهما فظاهر واما
عنده فلوجود الخروج من الصلاة بصنعه وهو الاستخلاف كما لو قهقه او تكلم لان هذا من فعله وهو مناف فانقطعت صلاته
وان الاختلاف فيما ليس من فعله مثل طلوع الشمس قيل وهذا هو الصحيح والله اعلم

باب الحدث في الصلاة

لما ذكر احكام السلامة عن العوارض في الصلاة انفرادا وجماعة لانها هي الاصل ذكر في هذا الباب ما يعرض لها من العوارض ومنعه من
المضي والاصل اولى بالتقديم ومن سبقه الحدث في الصلاة انصرف على الفور لانه لو مكث ساعة صار جزءا من الصلاة مودى
مع الحدث واداوها معه لا يجوز فيفسد ما ادى بعد الباقي ضرورة ان الصلاة الواحدة لا تتجزى صحة وفسادا فان كان اماما استخلف
باخذ ثوبه وجره الى المحراب وتوضا وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي لان الحدث ينافي الصلاة لانها تستلزم الطهارة والحدث
ينافي الطهارة ومنافي اللازم مناف للملزوم والشي لا يبقى مع المنافي ولان المشي والانحراف عن القبلة يفسدان الصلاة وكل ما يفسدها
لا يبقى معه كالحدث العمد فالصلاة لا تبقى مع المشي والانحراف وقوله فاشبه الحدث العمد يعم في الدليلين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
من قا او رعف او امذى في صلاته فلينصرف وليتوضا وليبن على صلاته وادنى مرتبة الامر الاباحة فيكون البنا مباحا وهو المطلوب فان
قيل الامر في قوله فليتوضا للوجوب فيكون في وليبن كذلك ولم يقولوا به فالجواب ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وقد اجمع
الخلفا الراشدون وفقها الصحابة كعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وانس بن مالك وسلمان الفارسي رضي الله عنهم
على ما قلنا وثبت من الاجماع بترك القياس اذا لم يكن هناك نص فكيف اذا كان نص وانما ذكر الحديث الثاني لان فيه بيان الاستخلاف وقال من لم
يسبق بيانا للافضل لانه اقدر على اتمام الصلاة من المسبوق فتمكينه فتقليده يكون حبا به وقوله والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده
فلا يلحق به قيل هو جواب عما قال في الحدث السابق بالحدث العمد وتقريره ان قياس الحدث السابق على الحدث العمد فاسد لوجود الفارق لان السبق
البلوى بحصوله بغير فعله فجاز ان يجعل معذورا بخلاف العمد فلا يجوز الحاق السابق به كذا في الشروح وفيه نظر لانه قال والقياس ان يستقبل
وذلك اعتراف بصحة القياس الا انه ترك بالنص والاستقبال بيانه ... والظاهر ان مراده ترك الحاق العمد بالسابق فان قيل
ان يقولا السابق والعمد في كونهما منافيين للصلاة سوا فاذا اثبتم في السابق ما ذكرتم فليمض في العمد الحاقا به فقال في السابق بلوى دون
العمد والشي انما يلحق بغيره اذا كان في معناه والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وهو ظاهر واعلم ان البنا المذكور انما يصح في الاحداث
الخارجة من بدنه الموجبة للوضوء لا الغسل من غير قصد منه للحدث او لسببه ولا من غيره اذا لم يات بعدها بما ينافي الصلاة من توقف في موضع الصلاة
وكلام وحدث او كشف عورة من غير ضرورة فلا يبني اذا انصرف لغسل نجاسة في ثوبه او للوضوء من الاغما ونحوه او الغسل للاحتلام او نيم الحدث
او هو جرح احد فسال منه دم او رماه انسان بحجر او سقط من السقف فادماه او مكث ساعة في موضع الصلاة بعد سبق الحدث كما او تكلم او بال او
تغوط او كشف العورة عند الاستنجا او الوضو من غير ضرورة وقيل ان المنفرد يستقبل اي الافضل له ذلك والامام والمقتدي يبني لذلك والمنفرد

ان يشا اتم في منزله الذي توضأ فيه بعد الانصراف وهو اختيار بعض مشايخنا لما فيه من تقليل المشي وان شاء عاد الى مكانه وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده ليكون جميع الصلاة مؤدى في مكان واحد واعترض بان في العود الى مكانه مشيا في الصلاة
من غير حاجة اذ الاداء في المنزل صحيح وذلك مفسد للصلاة واجيب بان المشي غير موجود حكما لان حرمة الصلاة تجعل الاماكن المختلفة
كمكان واحد ولهذا صح التنفل على الدابة وقوله والمقتدي يعود الى مكانه يعني حتما حتى لو اتم بقية صلاته في موضع وضوئه لم يجز لان بينه
وبين امامه ما يمنع صحة الاقتداء من طريق او نهر او حائط ولهذا اذا فرغ الامام او لم يكن بينهما حائل جاز ان يصلي في موضعه بمنزلة فان ادرك
امامه في الصلاة فهو مخير بين ان يقضي ما سبقه الامام في حال اشتغاله بالوضوء بغير قراءة ثم يقضي آخر صلاته وبين ان يتابع الامام ثم
يقضي آخر صلاته ومن تابع الامام ثم يقضي ما سبقه الامام بعد تسليمه لان ترتيب افعال الصلاة ليس بشرط خلافا لزفر كذا في شرح
الطحاوي قال ومن ظن انه احدث المصلي اذا انصرف من مكان صلاته على ظن انتفاء شرط جواز صلاته ثم علم وجوده فاما ان يكون
انصرافه على قصد اصلاح الصلاة او على قصد رفضها فان كان الاول فاما ان خرج من المسجد او لا فان خرج استقبل الصلاة وان لم يخرج
اتمها والقياس فيهما الاستقبال لوجود الانصراف من غير عذر كما اذا كان على قصد الاعراض على ما يأتي وهو اي الاستقبال فيهما
رواية عن محمد قال في النهاية وخلاف محمد فيما اذا كان يمشي في المسجد ووجهه الى القبلة بان كان باب المسجد على حائط القبلة لا تفسد صلاته
بالاتفاق وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته وقصد الاصلاح ملحق بحقيقة الاصلاح
شرعا كما اذا تترس الكفار باسارى المسلمين فانه يباح الرمي اليهم بشرط ان يكون قصدهم الرمي الى الكفار فيجعل كانهم رموا
الى الكفار ثم لو تحقق ما توهمه من الحدث ما فسدت صلاته بالاصلاح فكذا اذا انصرف على قصده واعترض بان قصد الاصلاح لو الحق انصرافه م
بحقيقته كما شرط عدم الخروج عن المسجد فان حقيقته لم تشترط بذلك واجيب بان الحكم ثبت بتقدير دليله في الحقيقة وجد القصد وقام
العذر وليس في قصده قيام العذر فانحط عن درجته وان كان قد استخلف فتبين انه لم يحدث فسدت صلاته وان لم يخرج من المسجد
لوجود العمل الكثير من غير عذر بخلاف ما اذا تحقق ما توهمه فان العمل غير مفسد لقيام العذر وكان الاستخلاف كالخروج من المسجد يحتاج بصحته
الى قصد الاصلاح وقيام العذر وان كان الثاني فسدت حيث انصرف خرج من المسجد او لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض ملحق
بحقيقته الا ترى انه لو تحقق ما توهمه يستقبلها فهذا اي هذا الذي ذكرنا ان الانصراف اذا كان على قصد الاصلاح لم تفسد صلاته
ما لم يخرج او يستخلف واذا كان على قصد الاعراض والرفض فسدت هو الحرف اي الاصل في جنس هذه المسائل فمن انصرف على ظن انه
لم يمسح او على ظن انه لم يصل التي قبلها او على ظن ان مدة المسح قد انقضت ثم علم انه لم يكن ذلك استقبل لانه انصرف على قصد الرفض
وقوله ومكان الصفوف لبيان انه اذا لم يكن في المسجد ما ذا يكون حكمه وهو واضح وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل الصلاة
لانه يندر وجود هذه العوارض في الصلاة فلم يكن في معنى ما ورد به النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف في صلاته الحديث
وكذلك اذا قهقه لانه اي فعل القهقهة بمنزلة الكلام لان كلا منهما ينقل المعنى من ضميره الى فهم السامع وهو اي الكلام قاطع لقوله عليه
السلام قال ما لم يتكلم وهذا اذا وجدت هذه الشروط العوارض قبل ان يقعد قدر التشهد فاما اذا وجدت بعده فلا استقبال لانه لم يبق عليه
شيء من الاركان فان قيل سلمناه ولكن لا بد للخروج من فعل المصلي على قول ابي حنيفة ولم يوجد واجيب بانه لا يخل الموصوف بها عن اضطراب
او مكث وكيف ما كان فالصنع منه موجود اما في الاضطراب فظاهر واما في المكث فلانه يصير به مؤديا جزءا من الصلاة مع الحدث والاداء صنع منه
وقد تقدم ما هو من شروط البناء فلا حاجة الى ذكر ما ذكره فليكن على ذكر منك قيل وانما قال اذا نام فاحتلم لان النوم بانفراده ليس بمفسد وكذا
الاحتلام المنفرد عن النوم وهو البلوغ بالسنة فجمع بينهما بيانا للمراد وقوله وان حصر الامام عن القراءة كل من امتنع عن شيء لم يقدر عليه فقد حصر عنه
فان عجز الامام عن القراءة بسبب انه نسي جميع ما كان يحفظ فاستخلف غيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجزيهم قال في النهاية بان يتمها بدون
القراءة كالامي اذا ام قوما اميين ونسبه بعض الشارحين الى السهو لان مذهبهما انه يستقبل وبه صرح الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
وقوله لانه اي الحصر عن القراءة نادر الوجود كالجنابة في الصلاة فلم يكن في معنى ما ورد به النص من الحدث الذي يعم به البلوى ولابي
حنيفة رحمه الله ان الاستخلاف في باب الحدث جاز للعجز عن المضي والعجز ههنا الزم لان المحدث قد يجد في المسجد ما يمكنه اتمام صلاته
من غير استخلاف اما الذي نسي جميع ما يحفظ لا يقدر على الاتمام الا بالتذكر والتعليم كذا ذكره قاضي خان وذكر ابو اليسر انما يجوز الاستخلاف
اذا كان يحفظ القرآن الا انه لحقه الخجل او خوف فامتنعت عليه القراءة فاما اذا نسي فصار اميا لم يجز الاستخلاف وقوله والعجز عن القراءة
غير نادر جواب عن قولهما انه يندر وجوده وقوله ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلاة لم يجز وكذا قوله في هذه الحالة يعني بعد التشهد وقوله وقد مر ما
قبل يعني في باب التيمم حيث قال وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله قوله وان راه بعد ما قعد جوابه بيان [illegible] به
وهي مشهورة قوله بعمل يسير بان كان الخف واسع الساق ولا يحتاج في نزعه الى المعالجة وانما قيد به لانه اذا كان ضيقا فعالج بالنزع
تمت صلاته بالاتفاق قوله فتعلم سورة قيل تذكر بعد النسيان لان التعلم لا بد له من التعليم ولذلك فعل منافي الصلاة فيتم صلاته بالاتفاق
وقيل سمعها بالاختيار وحفظها بلا صنع وقوله او تذكر فائتة قبل هذه يعني اذا كان في هذه الوقت سعة قوله او احدث فاستخلف اميا قيل هو
اختيار المصنف واما على اختيار فخر الاسلام فلا خلاف في الاستخلاف بعد التشهد بلا خلاف قوله او دخل وقت العصر في الجمعة قيل كيف
يتحقق هذا الخلاف ودخول العصر عنده اذا صار ظل كل شيء مثليه وعندهما اذا صار مثله واجيب بان هذا على قول الحسن بن زياد
ان بين الظهر والعصر وقتا مهملا فاذا صار ظل كل شيء مثله تحقق الخروج عندهم ووقت الصلاة عندهما وعنده باطلة وهذا اعلى فقول
المصنف

المصنف او دخل وقت العصر في الجمعة وقيل يمكن ان يقعد في الصلاة بعد ما قعد قدر التشهد الى ان يصير الظل مثليه فحينئذ يتحقق الخلاف
واعلم ان نسبة المهمل في الوقت الى الحسن وهو بعيد كما ترى ولكن يمكن توجيه على المروي عن ابي حنيفة ان الخروج والدخول يكون بظل الشيء
مثله كما هو مذهبهما فانه حينئذ يتحقق الخلاف واعلم ان نسبة المهمل في الوقت الى الحسن مجاز وانما هو على ما نقل في مبسوط شمس الائمة
وامالي مبسوط شيخ الاسلام وغيرهما منسوب الى رواية اسد بن عمرو عن ابي حنيفة رحمه الله والمنسوب الى الحسن رواية المواقيت كما تقدم
وقوله كالمستحاضة ومن بمعناها يعني اذا استوعب الانقطاع وقتا كاملا لو انقطع الدم بعد التشهد ثم سال في وقت صلاة اخرى فالصلاة
الاولى جائزة عند ابي حنيفة وان لم يسل فهي باطلة لتحقق الانقطاع بعد التشهد وهو كالانقطاع في وسط الصلاة وعندهما جائزة
لانه كالانقطاع بعد تمام الصلاة قيل قوله وقيل الاصل فيه هو قول ابي سعيد البردعي وعليه العامة وفيه اشارة الى ان
المختار عند المصنف غيره وهو قول الكرخي فان فساد الصلاة بالامور المذكورة عند ابي حنيفة ليس كذلك عند الكرخي بان الفعل قد يوجد
الخروج م معصية بان قهقه او كذب ولا يجوز ان يكون المعصية فرضا بل فعل يخرج المصلي بليس بفرض بالاتفاق وانما عنده ان هذه
الاشياء مغير للصلاة ووجود المغير بعد التشهد كوجوده قبله لانه في حرمة الصلاة ولهذا اذا نوى المسافر في هذه الحالة الاقامة
اتم والمعنى بالمغير ما يجب الصلاة بعد وجوده على غير الصفة الواجبة هي عليها قبله فان الصلاة تجب بعد رؤية الماء وانقضاء مدة المسح
ووجدان الثوب وتعلم السورة بالوضوء والغسل واللبس والقراءة بعد ان كانت واجبة بطهارة التيمم والمسح والعري وعدم القراءة
وقيل المعنى به كون الصلاة جائزة للاجماع به وبضده فانها تصح بالتيمم والمسح والايماء واضدادها وقوله لهما ما رويناه من حديث
ابن مسعود يريد به قوله عليه السلام اذا قلت هذا او فعلت الحديث علق عليه السلام التمام باحدهما لمن علق بشيء فقد حال النفي
وله ان اداء الصلاة الاخرى في وقتها واجب لا محالة وهو لا يمكن الا بالخروج من هذه وكان الخروج منها وسيلة الى الفرض باقتضاء
قوله تعالى واقيموا الصلاة وما لا يتوصل الى اداء الفرض الا به كان فرضا وهذه النكتة منقولة عن الشيخ الامام ابي منصور
الماتريدي رحمه الله واعترض بوجهين احدهما ان المراة لو حاذت رجلا في هذه الحالة تمت صلاته بالاتفاق ولا صنع منه والثاني
على ما قرر تم يكون فرضا لغيره كالسعي الى الجمعة فيجب ان يتم صلاته في الصور المذكورة لحصول المقصود من الصنع وهو الخروج
من الاولى كما لو دخل الجامع يوم الجمعة قبل دخول الوقت واجيب عن الاول بان المحاذاة مفاعلة لا يتحقق الا من فاعلين وكان
منه صنع اذا دام اللبث في مكانه وعن الثاني بان الخروج عن الاولى يجب ان يكون في مكانه على وجه يبقى صحيحة لقوله تعالى ولا
تبطلوا اعمالكم ولان الترتيب فرض ولم يبق بهذا الخروج لا يقال المعلم هو صحيحة لان الخروج لم يكن صنع المصلي وكان بقاؤها صحيحة
موقوفا على الخروج بصنع المصلي فلو توقف الخروج على بقائها صحيحة دار لانا نقول الخروج بصنع المصلي موقوف على ما اعتبره الشرع رافعا
للتحريمة على ما سياتي ولا يلزم منه بقاؤها صحيحة ولا معتبر بالصيام ومعنى قوله عليه السلام جوابا عن استدلالهما بحديث ابن مسعود
وهو مثل قوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه اي قارب التمام كما تقدم ما يؤول اليه وقوله والاستخلاف غير مفسد جواب عما يقال
استخلاف الامي صنع المصلي فكان الواجب ان لا يفسد به عنده ايضا وتقريره على وجهين احدهما ما ذهب اليه الشارحون قالوا سلمنا
انه صنع منه لكنه ليس بمفسد بدليل انه لو استخلف قاريا في خلال الصلاة لم يضره والمعتبر من الصنع ما كان مفسدا ليكون عملا منافيا للصلاة
رافعا للتحريمة ورد بانا لا نسلم ان الاستخلاف ليس بمفسد فان المصنف قال فيمن ظن انه احدث فاستخلف انه يفسد صلاته لانه عمل كثير والحق
ف ما قاله فخر الاسلام ان صلاته تامة في هذه الحالة لكونه عملا منافيا للصلاة والثاني ان معناه ان الفساد في هذه الصورة عنده ليس للاستخلاف
لانه ليس بمفسد ان الفساد ضروري وحكم شرعي وهو عدم صلاحية الامي للامامة والرد مردود لانه قال هناك عمل كثير من غير عذر وههنا
فرض المسألة فيما اذا كان بعذر ولا يلزم من كونه مفسدا اذا لم يكن عذر كونه مفسدا عند العذر وكذلك ما اشرنا اليه في سطح البحث من قول
بعض الشارحين ان قول المصنف وقيل الاصل فيه اشارة الى ان مختاره غيره مردود لانه ترك ذكر المختار وذكر غيره والاحتجاج عليه غير متوجه
في مثله وقوله ومن اقتدى بامام اذا اقتدى الرجل بمن صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه صح الاستخلاف لان صحته بالمشاركة وقد وجدت
والاولى ان يستخلف مدركا لانه اقدر على اتمامها لعدم احتياجه الى استخلاف غيره للتسليم والاقدر اولى لانه له وقوله وهو الاصح
احتراز عن رواية ابي حفص ان صلاته ايضا تامة لانه مدرك اول صلاته فيكون كاللاحق لفراغه بفعله الامام قدر التشهد ووجه الاصح انه
قد بقي عليه البناء وضحك الامام في حقه في المنع من البناء كضحكه ولو ضحك هو في هذه الحالة فسدت صلاته فكذا اذا ضحك الامام
المستخلف وقوله فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد انما قيد بذلك لان القهقهة والحدث العمد اذا وجدا قبله فسدت صلاتهم
اجمع بالاتفاق وقيد بحكاية نفي صلاة المسبوق لان صلاة المدرك لا تفسد بالاتفاق وفي صلاة اللاحق روايتان وقوله وله
ان القهقهة مفسدة لانها كالحدث في ازالة شرط الصلاة وهي الطهارة فيكون مفسدا للجزء الذي يلاقيه من صلاة الامام فيفسد
مثله من صلاة المقتدي لا يلتقيهما بنايا عليها وقوله لانه منه المنهي ما اعتبره الشرع رافعا للتحريمة عند فراغ من الصلاة كالتسليم
والخروج بخروج المصلي فان الشرع اعتبرها كذلك قال صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم قال الله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا
في الارض وقوله والكلام في معناه يعني من حيث ان السلام كلام مع القوم بنيته ويسره لوجود كاف الخطاب وقوله وينتقض وضوء الامام
يعني عند العلماء الثلاثة خلافا لزفر فان عنده كل قهقهة توجب اعادة الصلاة توجب اعادة الوضوء وما لا فلا لانه في معنى المنصوص
عليه من كل وجه ولهم انها وجدت في حرمة الصلاة لانه لو سهى في هذه الحالة وجب عليه سجوده فيكون مفسدا للوضوء وقوله

ولا يعيد وفي بعض النسخ يعيد وهما متغايران لان عدم الاعتداد يستلزم الاعادة لان عدم الركن بالانتقال والانتقال مع الحدث
لا يتحقق لان المنتقل اليه جزء من الصلاة واداؤه مع الحدث لا يتحقق ... بعد سبق الحدث معتد فلا بد من الاعادة والقياس ان ينتقض بالحدث
جميع ما ادى لكن تركناه بالاثر الوارد في البناء فبقي انتقاض الركن الذي سبقه الحدث فيه على القياس ولزم اعادة ما كان الحدث فيه
بالقياس وقوله دام المعدم على ركوعه اي مكث راكعا قدر ركوعه لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة لان الاستدامة فيما يستدام
كالابتداء فلا يحتاج الى انشاء الركوع واصله قوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ومن ذكر في ركوعه او سجوده ان عليه سجدة
فانحط عن ركوعه او رفع رأسه من سجوده فسجدها التي ذكرها صلبية كانت او تلاوة اعاد الركوع والسجود ليقع الافعال مرتبة بقدر الامكان
وهذا بيان الاولى لان مراعاة الترتيب في افعال الصلاة ليست بركن الا ترى ان المسبوق يبدأ بما ادرك مع الامام ولو كان الترتيب
ركنا جاز له تركه بعذر الجماعة كالترتيب بين الصلاة فلو ترك الاعادة جاز لان ذكر السجدة لا ينقض الركوع فيصح الاعتداد به بخلاف
سبق الحدث فانه ينقضه كما تقدم وهو معنى قوله لان الانتقال مع الطهارة وعن ابي يوسف انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة عنده
فرض فحيث انتقض الركوع ولم يرفع رأسه فقد ترك الفرض فعليه الاعادة وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا عاد الى السجدة الصلبية
بعدما قعد قدر التشهد فانه يرتفض القعدة وكذا لو تذكر في الركوع انه لم يقرأ القرآن فعاد لقراءة القرآن ارتفض الركوع واجيب بان
القعدة انما ترتفض لان النبي عليه السلام علق تمام الصلاة بالقعدة في قوله اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك
فلو قلنا بجواز تاخير غيرها عنها كان تمام الصلاة بذلك الغير وهو تمام النص وكذلك لا يجوز تاخير القيام او الركوع عن السجود لان القيام
وسيلة الى الركوع والركوع وسيلة الى السجود حتى ان من لم يقدر على الركوع والسجود لا يجب عليه القيام والوسيلة متقدم على المقاصد
والقراءة زينة القيام وكانت تابعة له ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالمؤتم امام نوى الامام ذلك او لم ينو لما فيه
اي في تعيينه اماما صيانة صلاة المقتدي لانه لو لم يصر اماما خلا مكان الامامة عن الامام وهو يوجب فساد صلاة المقتدي فان قيل
التعيين لا يتحقق بلا تعيين ولم يعين اجاب بقوله وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا تزاحم وكان التعيين موجودا حكما واذا تعين لذلك
كان كالمستخلف حقيقة فيتم صلاته مقتديا به ولو لم يكن خلفه الا صبي او امرأة اختلف المشايخ فيه فقيل يفسد صلاة الامام فقط
لاستخلاف من لا يصلح للامامة حكما فانه لما تعين للامامة كان الامام مقتديا به ومن اقتدى بمن لا يصلح للامامة فسدت صلاته لان
الاستخلاف اما ان يكون حقيقة او حكما ولا شيء منهما بموجود اما حقيقة فظاهر لان المفروض عدمه واما حكما فلانه يقتضي صلاحية الامامة
والفرض عدمها ومنهم من يقول تفسد صلاتهما لانه لما تعين صار كانه استخلفه فيفسد صلاة الكل ومنهم من يقول تفسد صلاة المقتدي خاصة
وهو الصحيح لانه لما لم يصر مستخلفا لا حقيقة ولا حكما لما ذكرنا بقي الامام منفردا فلا تفسد صلاته وتفسد صلاة المقتدي لخلو مكان الامام عن
الامام

باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

هذا الباب لبيان العوارض التي تعرض في الصلاة باختيار المصلي
فكانت مكتسبة واخره عما تقدم لكونها سماوية ومن تكلم في صلاته عامدا بطلت وقال الشافعي رحمه الله لا تفسد في الخطأ والنسيان الا اذا طال
الكلام ولم يفرق المصنف بين السهو والنسيان لعدم التفرقة بينهما في حكم الشرع والسهو ما يتنبه صاحبه بادنى تنبيه والخطأ ما لم يتنبه بالتنبيه
او يتنبه بعد اتعاب والنسيان ان يخرج الدارك من الخيال على ما عرف في موضعه ومعتمده اي ملجؤه الحديث المعروف وهو قوله صلى الله عليه
وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان الحديث ووجه الاستدلال ان حقيقتها غير مدفوعة لوجودهما بين الناس فيكون الحكم وهو الفساد مرفوعا
ولنا حديث معاوية ابن الحكم رضي الله عنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فعطس بعض القوم فقلت يرحمك الله فرماني
القوم بابصارهم فقلت واثكل اماه ما لي اراكم تنظرون الي شزرا فضربوا ايديهم على افخاذهم فعلمت انهم يسكتونني فلما فرغ النبي
صلى الله عليه وسلم دعاني فوالله ما رايت معلما احسن تعليما منه ما نهرني ولا زجرني ولكن قال ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس
الحديث جعل عدم الكلام فيها من حقها كما جعل وجود الطهارة فيها من حقها فكما لا تجوز مع عدم الطهارة لا تجوز مع وجود الكلام وهو واضح جدا
فان قيل لو كان مفسدا لامره بالاعادة ولم يثبت قلنا الاستدلال بالنفي وهو باطل سلمناه ولكن العلم بالنهي ولم يكن فلم يامره بالاعادة لما لم يأثم
وقوله وما رواه محمول على رفع الاثم جواب عن استدلاله بالحديث المعروف وتقديره ان حكم الاخرة وهو الاثم مراد بالاجماع فلا يكون حكم الدنيا
مرادا والا لزم عموم المشترك او المقتضي وكلاهما باطل على ما عرف في موضعه وقوله بخلاف السلام ساهيا جواب عما يقال السلام كالكلام في ان
كل واحد منهما قاطع وفي السلام تفصيل بين العمد والنسيان فكذلك الكلام ووجهه ان السلام ليس كالكلام لانه من الاذكار اذ المتشهد يسلم على
النبي صلى الله عليه وسلم وهو اسم من اسماء الله تعالى وانما اخذ حكم الكلام بكاف الخطاب وانما يتحقق معنى الخطاب فيه عند القصد فاذا
كان ناسيا الحقناه بالاذكار واذا كان عامدا الحقناه بالكلام عملا بالشبهين بخلاف الكلام فانه ينافي الصلاة على كل حال وكان مبطلا
لها كذلك وكان طولب بالفرق بينه وبين افعال تنافي الصلاة فان القليل منها غير مفسد واجيب بان الاحتراز عن قليلها غير ممكن اذ في الحي
حركات طبيعية ليست من الصلاة فلا تفسد حتى يدخل في حيز ما يمكن الاحتراز عنه وهو الكثير وليس في الحي كلام طبيعي لا يمكن الاحتراز عنه فاستوى في
القليل والكثير قال فان ان فيها او تاوه الانين صوت المتوجع وقيل هو ان يقول آه والتاوه ان يقول اوه وارتفع بكاؤه وهو ان يحصل به حروف
وكل ذلك اما ان يكون من ذكر الجنة او النار او من وجع ومصيبة فان كان الاول لم يقطعها لانه يدل على الخشوع وان كان الثاني قطعها لان فيه اظهار
الجزع والمصيبة فكان كل منهما دليله على الاول والدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يكن هناك صريح يخالفها ولو صرح بذكر الجنة والنار فقال اللهم اني اسالك
الجنة واعوذ بك من النار لم يضره ولو صرح بالتهاب الوجع فقال اي مصاب فسدت صلاته فكذلك بالدلالة اذ ليس ثم صريح يخالفها وعن ابي

ابي يوسف انه اذا قال آه لم تفسد في الحالين سواء كان من ذكر الجنة والنار او من وجع ومصيبة واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة
اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين يفسد وهذا لان اصل كلام العرب ثلاثة احرف لاحتياجه الى
حرف يبتدا به وحرف يوقف عليه وحرف يتصل بينهما والحرف الواحد اقل الجملة فلا يطلق عليه اسم الكلام والحرفان اذا كانت احدهما
من الزوائد كذلك لانه نظرا الى الاصل على حرف واحد واما اذا كانتا اصليتين فقد وجد الاكثر وهو يقوم مقام الكل والحروف
الزوائد على معنى ان كل زائد لا بد ان يكون منها لا عكسه جمعها في قولهم اليوم تنساه وعلى هذا قوله او لا يفسد الصلاة لان في
الزوائد واوه يفسد لانه زائد على حرفين فانه في الزوائد على حرفين لا ينظر الى الاصالة والزيادة وقال المصنف وعند الاتيوق
لان كلام الناس هو المفسد وكلام الناس في متفاهم العرب منع وجود الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد قال في
النهاية فانك ان قلت انتم اليوم سالتموينها فان هذا مبتدا وخبر وفعل وفاعل ومفعول به ومفعول فيه وكلها من حروف الزوائد
وهو مفسد بالاتفاق قلت هذا لا يرد عليه لان كلامه في الحرفين لا في الزائد عليهما كقولهم وتابعه الشارحون فاقول قول المصنف
في حروف كلها زوائد يجوز ان يكون المراد بالجمع فيه التثنية وحينئذ يكون معنى كلام الناس في العرف عبارة عن وجود الهجاء وافهام
وذلك يتحقق في الكلام الذي فيه حرفان من حروف الزيادة فيكون من كلام الناس لكثيره فيكون مفسدا وان تنحنح وحصل به
حروف فان لم يكن بعذر اولا فان كان الثاني وهو ان لم يكن مدفوعا اليه اي لم يكن بحيث لا يستطيع الامتناع عنه ينبغي ان يفسد عندهما
قيل انما قال ينبغي لان المشايخ اختلفوا فيما اذا كان التنحنح لاصلاح الصوت للقراءة فقال شيخ الاسلام لا يفسده لانه يصير بمعنى
القراءة معنى كالمشي للبناء فانه لكونه لاصلاح الصلاة صار من الصلاة وكذا ذكره شمس الائمة وقال في المحيط وان لم يكن مدفوعا اليه
في التنحنح الا انه فعل لاصلاح الحلق ليتمكن من القراءة ان ظهر له حروف نحو قوله اح اح وتكلف لذلك كان الفقيه اسماعيل الزاهد
يقول يقطع الصلاة عندهما لانها حروف مهجاة وفيه نظر لان اختلاف المشايخ لذلك وقوله عندهما ايضا فيه نظر لانه قال وحصل
به حروف بلفظ الجمع ومذهبه حينئذ كمذهبهما كما مر فلا وجه لافرادهما بالذكر ثم ان حمل الجمع ايضا على التثنية اندفع النظر الثاني
ويقال في دفع الاول انه لم يثبت فيه نقل عن الائمة والقياس يقتضي ان يكون مفسدا فقال ينبغي وان كان الاول فهو عفو
اي معفو كالعطاس وان حصل فان ذلك لا يقطع الصلاة وان حصل به حروف مهجاة قال ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله واذا
عطس الرجل فقال له آخر يرحمك الله وهو اي القائل في الصلاة فسدت صلاته لانه يجري في مخاطبات الناس وكان من كلامهم وكان
وانما قيد بقوله آخر لانه اذا قال العاطس بنفسه لا يفسد صلاته لانه بمنزلة قوله يرحمني الله وبه لا تفسد كذا في الفتاوى الظهيرية بخلاف
ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله فانه لا يفسد على ما قالوا وفي هذا اللفظ اشارة الى خلاف المتقدمين وذكر في المحيط روى
عن ابي حنيفة رحمه الله ان العاطس يحمد الله في نفسه ولا يحرك لسانه فلو حركه فسدت صلاته وجه الاول ما ذكره انه لم يتعارف جوابا
قوله وان استفتح ففتح عليه الاستفتاح طلب الفتح والاستنصار قال الله تعالى ان تستفتحوا اي تستنصروا ويجوز
ان يكون كل واحد منهما مرادا والاستفتاح اربعة اقسام بحسب القسمة العقلية وذلك لان المستفتح والفاتح اما ان لا يكونا
في الصلاة وليس مما نحن فيه او يكونا فيها او يكون المستفتح فيها دون الفاتح او بالعكس من ذلك فان كانا في الصلاة فاما ان يكون الصلاة
متحدة بان يكون المستفتح اماما والفاتح ماموما او لا يكونا ففي الثاني فسدت صلاة كل واحد منهما لانه تعليم وتعلم وكان من كلام
الناس قال في الاصل اذا فتح غير مرة فسدت صلاته وفيه اشارة الى انه ما لم يتكرر لا يفسد قال لانه من افعال الصلاة فينبغي
القليل منه ولم يشترط في الجامع الصغير التكرار لان الكلام بنفسه قاطع وان قل فيها وهو الصحيح وفي الاول لا يكون كلاما استحسانا
اما بالاثر وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ في الصلاة المؤمنين فترك منها كلمة فلما فرغ منها قال الم يكن فيكم ابي بن
كعب فقال بلى يا رسول الله فقال عليه السلام هلا فتحت علي فقال ظننت انها نسخت فقال عليه السلام لو نسخت لانباتكم واما بما قال
في الكتاب من انه مضطر الى اصلاح صلاته وكان هذا من اعمال صلاته معنى ثم اختلف المشايخ بان المقتدي ينوي الفتح على امامه
او قراءة القرآن فمنهم من قال ينوي بالفتح التلاوة ومنهم من قال ينوي الفتح دون القراءة قال المصنف هو الصحيح لان
المقتدي رخص له في الفتح على امامه ومنع عن القراءة فلا يدع ما رخص له الى ما نهي عنه واما هذا اذا اراد ان يفتح على غير امامه
فانه ينوي القراءة دون التعليم على ما يذكر ولم يعرف في الكتاب بين ما اذا قرا الامام مقدار ما تجوز به الصلاة وبين ما لم يقرا وان
اختلفوا فيه اختيارا منه للصحيح فانه اذا فتح بعد ما قرا ذلك صح ولا يفسد صلاة واحد منهما ولو كان الامام انتقل الى اية اخرى يفسد
صلاة الفاتح وصلاة الامام ايضا ان اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وهذا ايضا قول المشايخ اختاره المصنف ومنهم
من يقول لا تفسد وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه بان يردد الاية او يقف ساكتا بل يركع اذا جاء اوانه وانما
اطلق الاوان لاختلاف المشايخ فيه فمنهم من اعتبر الاستحباب فقال ينبغي للامام اذا ارتج ان ينتقل الى سورة اخرى او يركع
اذا كان قرا المستحب صيانة للصلاة عن الزوائد ومنهم من اعتبر الفرض فقال يكره للامام ان يتردد فيلجئ القوم الى ان يفتحوا عليه اذا
كان قرا مقدار ما يتعلق به الجواز وان كان المستفتح وحده في الصلاة ففتح عليه الخارج واخذ منه فسدت صلاته لوجود التلقين والتلقن
وان كان بالعكس فان نوى تعليمه فسدت صلاته وان نوى قراءة القرآن لم تفسد واشتراط التكرار وعدمه قد مر قال ولو اجاب
رجل في الصلاة بلا اله الا الله اذا قيل بين يدي المصلي االه مع الله فقال لا اله الا الله فلا يخلو اما انه اراد جوابه او اعلامه انه

قوله

ينبغي

في الصلاة فان كان الاول فسدت صلاته عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تفسد لان هذا الكلام بما بصيغته اي بما وضع له
صيغة وكل ما هو كذلك لا يتغير بعزيمة المتكلم كما اذا اراد به اعلامه انه في الصلاة ولهما انه كلام يحتمل الثنا والجواب وكل ما كان كذلك
يجوز تعيين احد مدلوليه بالقصد والعزيمة كالتشميت فانه لا شك انه ذكر بصيغته ويحتمل الخطاب وقد الحقه النبي صلى الله عليه
وسلم بكلام الناس حين قصد به خطاب العاطس فان قيل روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في جواب ابن مسعود حين استاذن
على الدخول وهو عليه السلام في الصلاة ادخلوها بسلام آمنين اراد جوابه ولم تفسد صلاته قيل اجاب بكمال الاية الكريمة
بانه محمول على انه انتهى بالقراة الى هذا الموضع وقياسه على ارادة الاعلام فاسد لانه ثبت بالنص على ما نذكر واذا قيل بين يدي
المصلي مات فلان فقال انا لله وانا اليه راجعون اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال هو على الخلاف وهذا القايل لا يحتاج الى
بيان فارق وهو الصحيح ومنهم من قال هو على الوفاق في الخلاف وهذا القايل لا يحتاج الى بيان الفارق وهو الصحيح ومنهم من قال هو
على الوفاق يعني ان ابا يوسف وافقهما في ان الاسترجاع يفسد لاظهار المصيبة وما شرعت الصلاة لاجله والتهليل كالتوحيد والتعظيم
والصلاة شرعت له وان كان الثاني لم يفسد بالاجماع لقوله عليه السلام اذا نابت احدكم نايبة في الصلاة فليسبح فان التسبيح للرجال
والتصفيق للنساء قوله ومن صلى ركعة من الظهر يعني اذا صلى رجل ركعة من صلاة ثم افتتح افتتاحا ثانيا فلا يخلو اما ان يكون الثانية عين
الاولى او غيرها فان كان الثاني فقد نقض الاولى وهي المسألة المذكورة في الكتاب اولا لانه صح شروعه في غيره ومن ضرورته الخروج
عن الاولى فيبطل فان كانت فرضين فلا يخلو اما ان يكون المصلي صاحب ترتيب او لا فان كان وقعت الثانية نفلا وان لم يكن
وقعت فرضا وان كان الاول وهي المذكورة في الكتاب ثانيا فقد لغت نيته وبنى على المنوي الاول على حاله لانه نوى تحصيل الحاصل فيكون
ما صلى من الاولى محسوبا حتى لو صلى بعدها ثلاث ركعات خرج عن العهدة ولو صلى اربعا على ظن ان الاولى انتقضت ولم يقعد
في الثالثة فسدت صلاته لانه ترك القعدة الاخيرة وذكر في الخلاصة هذا اذا نوى بقلبه اما اذا نوى بلسانه وقال نويت
ان اصلي الظهر انتقض ما صلى ولا يجزيه قوله واذا قرأ الامام من المصحف قيد الامام اتفاقي لان حكم المنفرد كذلك قيل ويحتمل انه
قيده بالامام لانه المحتاج الى تطويل القراءة غالبا فيحتاج الى النظر في المصحف ولم يذكر في الكتاب مقدار ما يقرأ وهو مختلف فيه فمنهم
من يقول اذا قرأ مقدار آية تامة لان ما دونه غير معتبر قراءة ومنهم من يقول مقدار الفاتحة والظاهر ان القليل والكثير عنده
في الافساد وعندهما في عدمه سواء فلهذا اطلقه في الكتاب لهما انها اي القراءة عبادة وهو واضح انضافت اي انضمت الى عبادة
وهي النظر في المصحف لقوله صلى الله عليه وسلم اعطوا اعينكم من العبادة حظها قيل وما حظها من العبادة قال النظر في المصحف والعبادة
الواحدة غير مفسدة فكيف اذا انضمت الى اخرى الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب ونحن نهينا عن التشبه بهم فيما لنا منه بد ولابي
حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير وهو مفسد لا محالة ولانه يلقن من المصحف كما لو تلقن من
غيره في تحصيل ما ليس بحاصل عنده والتلقن من الغير مفسد لا محالة فكذا من المصحف وعلى هذا اي على الوجه الثاني لا فرق بين الموضوع
في مكان والمحمول لان في التلقن سواء وعلى الاول يفترقان لانه اخذ فيه الحمل فاذا فات بالوضع فات بعض الدليل وشمس الايمة السرخسي
جعل التعليل بالتلقن اصح قوله ولو نظر الى المكتوب يعني اذا نظر الى مكتوب سوى القرآن فانه اذا كان قرآنا لا خلاف للعلماء
في جوازه فاما غير القرآن فقد قال بعض المشايخ لا يفسد على قول ابي يوسف ويفسد على قول محمد كما لو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر
فيه حتى فهمه ولم يقرأ بلسانه فانه لا يحنث عند ابي يوسف خلافا لمحمد لان الغرض من القراءة بالاتفاق الفهم فكان الفهم كالقراءة ولابي
يوسف ان القراءة انما تكون باللسان لانه من باب الكلام قال المصنف الصحيح انه لا يفسد صلاته بالاجماع وليست هذه كمسألة اليمين
لان المقصود هناك الفهم واما فساد الصلاة فبالعمل الكثير ولم يوجد قوله وان مرت امراة بين يدي المصلي انما ذكر هذه المسألة
وان لم يفسد مرور المصلي لكي يوجب فساد صلاته رد القول اصحاب الظاهر ان مرور المراة بين يدي المصلي يفسد صلاته لقوله صلى الله عليه
وسلم تقطع المراة والكلب والحمار الصلاة انكرت عايشة رضي الله عنها حين بلغها قالت يا اهل العراق والشقاق والنفاق قد سويتمونا بالحمر
والكلاب كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي وانا معترضة بين يديه اعتراض الجنازة فاذا سجد غمزني رجلي واذا قام مددتها
واعترض بان الكلام في المرور بين يدي المصلي لا الاعتراض واجيب بان الاعتراض بدوامه اذا لم يكن مفسدا فالمرور اولى ثم الكلام في
هذه المسألة في مواضع اولها هذا وهو ان مرورهن لا يقطع لقوله صلى الله عليه وسلم لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف
اربعين قال الراوي لا ادري اربعين عاما او شهرا او يوما وقيل صح من حديث ابي هريرة ان المراد اربعين سنة الثالث ان مقدار موضع
يكره المرور فيه هو موضع السجود على ما قيل وهو اختيار شمس الايمة السرخسي وشيخ الاسلام وقاضي خان وقال فخر الاسلام اذا صلى
راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره لا يكره ومنهم من قدره بمقدار صفين او ثلاثة ومنهم من قدره بثلاثة اذرع ومنهم من
قدره بخمسة ومنهم من قدره باربعين هذا اذا كان في الصحراء فاما اذا كان في المسجد فينبغي لا يفصل لاحد الا ما بينه وبين قبلة المسجد وقيل
يمر ما وراء خمسين ذراعا قوله وينبغي ان يكون بينهما اي بين المصلي والمار حايل كاسطوانة او جدار اما اذا كان فلا اثم وتحاذي اعضا
المار اعضاه لو كان يصلي على الدكان بقدر قامة الرجل كان سترة فلا اثم وبين هذين القيدين اعني قيد عدم الحايل وقيد المحاذاة
وبين قوله اذا مر في موضع سجوده منافاة لان الجدار والاسطوانة لا يتصور ان يكونا بينه وبين موضع السجود وكذلك اذا صلى
على الدكان لا يتصور المرور في موضع سجوده ولعل معنى قوله في موضع سجوده في موضع قريب من موضع سجوده فيؤول الى ما اختاره
فخ

فخر الاسلام انه اذا صلى راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره وهذا لا منافاة فيه فلهذا قال فخر الاسلام
انه حسن لانه مطرد فانه ما اختار شيا الا وهو مطرد في الصور كلها من الامام الذي حاز قصبات السبق في هذا التحقيق
جزاه الله عن المخلصين خيرا والرابع ان يتخذ سترة اذا صلى في الصحراء لقوله صلى الله عليه وسلم ايعجز احدكم اذا صلى في
الصحراء ان يكون امامه مثل موخرة الرحل بضم الميم وكسر الخاء لغة في اخرته وهي الخشبة الغليظة التي تحاذي راس
الراكب وتشديد الخا خطا وهي يجوز ان تكون مقدار ذراع وسنذكر قوله صلى الله عليه وسلم صلى الى غيره وهي مقدار
ذراع وقوله ينبغي ان يكون مقدار غلظه روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال يجزي من السترة السهم والخامس ان يقرب
من السترة لقوله صلى الله عليه وسلم من صلى الى سترة فليدن منها والسادس ان يجعل السترة على حاجبه الايمن او الايسر لان الاثر
ورد به روي انه صلى الله عليه وسلم ما صلى الى شجرة ولا الى عمود الا جعله على حاجبه الايمن ولم يصمد صمدا اي لم يقصده قصدا
الى المواجهة والثامن ان سترة الامام سترة القوم لانه صلى الله عليه وسلم صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة اي عصا ذات
زج والزج الحديدة في اسفل الرمح وهو بالتنوين لانه اسم جنس نكرة وقال في الكافي ان اريد بها عنزة النبي صلى الله عليه وسلم كان غير
منصرف للعلمية والتانيث فيكون منصوبا والتاسع ان المعتبر هو الغرز دون الالقا والخط قيل هذا اذا كانت الارض رخوة اما اذا
كانت صلبة لا يمكنه الغرز فانه يضع طولا ليكون على هيئة الغرز فان لم يكن معه خشبة قال بعض مشايخنا المتاخرين يخط خطا طولا وهو قول
الشافعي رحمه الله ولم يعتبره المصنف لان المقصود وهو الحيلولة بينه وبين المار لا يحصل به فيكون وجوده كعدمه وهو المروي عن ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وروى هشام عن ابي يوسف انه كان يطرح سوطه بين يديه ويصلي فان قيل الوضع والخط قد رويا كالغرز فما وجه المنع اجيب
بان ذلك لا يصح عند ائمة الحديث ولم يذكر ان ترك السترة لا باس به اذا امن المرور لان اتخاذ السترة انما هو للحاجة ولا حاجة بها عند عدم المار
روي عن محمد انه تركه في طريق الحج غير مرة والعاشر الدرء اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله صلى الله عليه وسلم ادرءوا
ما استطعتم ولو درأ يدفع بالاشارة كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بولدي ام سلمة حيث كان يصلي في بيتها فقام ولدها عمر بين يديه فاشار
اليه ان قف ثم قامت بنتها زينب لتمر بين يديه فاشار اليها ان قفي فابت فمرت فلما فرغ من صلاته قال يا ناقصات العقل ويا ناقصات
الدين صواحب يوسف وصواحب كرسف يغلبن الكرام ويغلبهن اللئام او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل وهو قوله عليه السلام اذا نابت احدكم
نايبة في الصلاة فليسبح وهذا نايبة في الصلاة فليسبح ويكره الجمع بينهما اي بين الاشارة والتسبيح لان باحدهما كفاية وهذا في حق الرجال
واما النسا فيصفقن يضربن بظهور اصابع اليد اليمنى على صفحة الكف من اليسرى لما مر ان لهن التصفيق لان في صوتهن فتنة فلا يستحب
لهن التسبيح **فصل** فيما يكره للمصلي مما لا يفسد صلاته واخره عن ذكر المفسدة ويكره للمصلي ان يعبث قال بدر الدين
الكردي العبث الفعل الذي فيه غرض لكنه ليس بشرعي والسفه ما لا غرض فيه اصلا وقال حميد الدين العبث ليس فيه غرض صحيح والاختلاف في
الاصطلاح ولما كان العبث بالثوب او الجسد اكثر وقوعا قدمه ولا معتبر بما قيل انما قدمه لانه كلي يشتمل ما بعده لان العبث بالثوب لا يشمل
ما بعده من تقليب الحصا وغيره لقوله عليه السلام ان الله تعالى كره لكم ثلثا وذكر منها العبث في الصلاة والباقيات هو الرفث في الصوم
والضحك في المقابر وقوله لان العبث خارج الصلاة حرام فما ظنك في الصلاة قيل فعلى هذا كان كالقهقهة فينبغي ان يفسد الصلاة وهو
ساقط لان افساد القهقهة لنقض الوضوء وليس في ذلك قوله ولا يقلب الحصا الا مرة قيل وحاصله ان كل عمل يفيد المصلي لا باس به لما
روي انه صلى الله عليه وسلم عرق في صلاته ليلة فسلت العرق عن جبينه اي مسحه لانه كان يوذيه وكان مفيدا واذا قام عن سجوده في الصيف
نفض ثوبه يمنة ويسرة كيلا تبقى صورة قوله ولا تفرقع اصابعه الفرقعة تنقيض الاصابع بالغمز او المد حتى تصوت قوله لانه عليه السلام
نهى عن الاختصار روي ان ابا هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الاختصار في الصلاة قوله ولا يلتفت
طام قوله هو الصحيح احتراز عن التفسير الاخر للاقعا وهو ان ينصب كما يفعل في السجود ويضع اليتيه على عقبيه لان الكلب
لا يقعي كذلك وانما يقعي مثل ما ذكر في الكتاب الا انه ينصب يديه والادمي ينصب ركبتيه الى صدره قوله ولا يرد السلام طاهر فان
اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلاته فرضا كانت او نفلا وعن سعيد بن جبير انه شرب وعن طاوس يجوز شربه في النفل وهو رواية
عن احمد قوله لانه اي لان كل واحد من الاكل والشرب عمل كثير لا محالة وهو مفسد قوله وحالة الصلاة مذكرة جواب عما يقال ينبغي ان يكون
النسيان عفوا كما في الصوم ووجهه انها ليست كالصوم لان حالة الصلاة مذكرة بخلاف حالة الصوم فان اكل ما بين اسنانه فمنهم من يقول
اذا اكل ما دون ملا الفم لا يفسد ومنهم من يقول ان كان قليلا ما دون الحمصة لا يفسد كما في الصوم وان كان اكثر من ذلك فسد قال ولا
باس ان يكون مقام الامام في المسجد شرع من هنا في بيان مسايل الجامع الصغير والطاق هو المحراب والمذكور في الكتاب في وجه الكراهة
احد الطريقين والطريق الاخر وهو المروي عن الفقيه ابي جعفر ان حاله مشتبه على من عن يمينه ويساره وعلى هذا اذا كان بجنب الطاق
عمودان وورا ذلك فرجة يطلع فيها من عن يمينه ويساره على حاله فلا باس به والمراد بالمقام المذكور في الكتاب مكان الاقدام فاذا كانت
قدماه خارجتين فلا باس به وانما اختار المصنف الوجه الاول لانه مطرد بخلاف الثاني فانه اذا امكن الاطلاع على حاله بالوجه على
ما ذكرنا لم يطرد فيه وانما قيد ان يكون الامام بقوله وحده اشارة الى انه لو كان معه بعض القوم لم يكره وانما قال على الغلب في ظاهر الرواية
احترازا عما ذكر الطحاوي انه لا يكره لزوال المعنى الاول وهو التشبه بصنيع اهل الكتاب فانهم لا يفعلون ذلك ولم يذكر في الكتاب مقدار
ارتفاع المكان وذكر الطحاوي انه مقدر بقامة الرجل وهو مروي عن ابي يوسف وقيل مقدر بمقدار ما يقع به الامتياز وقيل بذراع اعتبارا

بالستره وعليه الاعتماد وهذا اذا لم يكن عذر واما اذا كان في الجمعة يقوم الناس على الوقوف والامام على الارض لضيق المكان
فلا يكره قوله ولا باس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث ظاهر انه يكره ان يصلي الى ظهر غيره لما روي عن عمر رضي الله عنه راى رجلا
يصلي الى وجه غيره فعلاهما بالدرة وقال للمصلي استقبل الصورة في صلاتك وقال للقاعد استقبل بوجهك فعلم ان ذلك مكروه وبعلم
من قوله الى ظهر رجل يتحدث انه لا باس ان يصلي وبقربه قوم يتحدثون ومن الناس من كره ذلك لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى ان يصلي الرجل وعنده قوم يتحدثون او نايمون وتاويله عندنا اذا رفعوا اصواتهم على وجه يخاف وقوع الغلط في الصلاة او يخاف
ان يظهر صوت من النايم فيضحك في صلاته فان لم يكن كذلك فلا باس به والدليل على انه لا يكره عند الامن من ذلك ما روي اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يصلون وبعضهم كانوا يقرؤون وبعضهم كانوا يتعلمون الفقه وبعضهم كانوا يذكرون المواعظ
ولم ينههم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله ولا باس بان يصلي وبين يديه سيف معلق الخ اورد هذه المسلة لان من العلماء من كره
ذلك فقال السيف آلة الحرب وفي الحديد باس شديد فلا يليق تقديمه في مقام الابتهال وقيل هو قول ابن عمر رضي الله عنهما وفي استقبال
المصحف تشبيه باهل الكتاب فانهم يفعلون ذلك بكتبهم وقيل هو قول ابراهيم النخعي وما ذكره في الكتاب من الدليل ظاهر قوله ولا باس بان
يصلي على بساط فيه تصاوير الخ وبما تصور منها تخلق الله تعالى اعم من ان يكون من ذوات الروح ام لا قوله واطلق الكراهة في الاصل
اي لم يفصل في المبسوط في حق الكراهة بين ان يسجد على الصورة او لا يسجد والمذكور في الجامع الصغير انه اذا كان في موضع السجود يكره لما فيه
من التعظيم له واذا كان في موضع جلوسه وقيامه لا يكره لما فيه من الاهانة وجه ما في الاصل ما ذكره ان المصلي معظم بلفظ المفعول فيها ومعناه
ان البساط الذي اعد للصلاة يعظم من سائر البسط فاذا كان فيه صورة كان نوع تعظيم له ونحن امرنا باهانتها فلا ينبغي ان يكون في المصلى
مطلقا سجد عليها او لم يسجد قوله لحديث جبريل روي ان جبريل عليه السلام استاذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ادخل فقال
كيف ادخل بيتا فيه ستر عليه تماثيل رجال اما ان يقطع رؤوسها او تجعل بساطا يوطأ انا معشر الملايكة لا ندخل بيتا فيه كلب ولا صورة قوله
لان الصغار جدا لا تعبد روي انه كان على خاتم ابي موسى ذبابتان وكان لابن عباس رضي الله عنهما كانونا محفوفا بصور صغار
قوله واذا كان التمثال مقطوع الراس اي ممحوه انما فسر بالاثر اي انه لو قطع راسه من الحلقوم كانت الكراهة باقية لان من الطير
ما هو مطوق اما ما يمحو راسه بحيث لا تبقى لا يكره بما ذكر انه لا تعبد بلا راس وكان كالجمادات فصار كما تعلق الى شمع او سراج في انها
لا تعبد ان وان قال على ما قالوا اشاره الى ان بعضهم قال يكره ذلك كما لو كان بين يديه كانون فيه جمر او نار موقدة والصحيح ما قالوا
لما ذكر انها لا تعبد ان قوله ولو كانت الصورة على وساده الخ ويحكى عن الحسن البصري وعطا رحمهما الله انهما دخلا بيتا فيه بساط فيه
تصاوير فوقف عطا وجلس الحسن وقال تعظيم الصورة في ترك الجلوس عليها اشدها اي اشد الصور كراهة يشير الى ان الكراهة معلول
بالتشبه بمختلف احادها بالشدة والضعف وقيل اذا كانت خلف المصلي لا يكره الصلاة ولكنه يكره كونه في البيت لان تنزيه مكان الصلاة
عما يمنع دخول الملايكة مستحب قوله وتعاد على وجه غير مكروه اي وتعاد الصلاة للاحتياط على وجه ليس فيه كراهة وهو الحكم في كل
صلاة اديت مع الكراهة كما اذا ترك واجبا من واجبات الصلاة قوله ولا يكره تمثال غير ذي الروح لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
انه نهى مصورا عن التصوير فقال كيف اصنع وهو كسبي فقال ان لم يكن لك بد فعليك بتمثال الاشجار وفي هذا اشاره الى ان التمثال والصورة
واحد ومنهم من يقول التمثال ما يصور على الجدار والصورة على الثوب وليس بواضح قوله ولا باس بقتل الحية والعقرب في الصلاة لم يفرق
بين ما اذا لم يمكنه القتل بضرب واحدة وبين ما اذا احتاج الى ضربات وهو اختيار شمس الايمة السرخسي لان قوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا
الاسودين ولو كنتم في الصلاة ولم يفصل ومنهم من قال ان امكنه القرب ليقتل بضربة فعل وان ضرب ضربتان استقبل الصلاة لانه عمل
كثير والجواب انه عمل رخص فيه للمصلي فهو كالمشي بعد الحدث والاستقاء من البير والتوضي وفي كلام المصنف ما ينبي عن هذا لانه قال ولان
فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار فانه يشير الى انه ليس كالمشي بعد الحدث ونحوه لان ذلك من اصلاح الصلاة دون هذا او يستوي
جميع انواع الحيات يعني التي يسمى حية وغيرها قوله هو الصحيح احتراز عن قول الفقيه ابي جعفر ان الحيات منها ما يسوا في البيوت
وهي جنية ومنها ما لا يكون منها والاولى هي التي تكون صورتها بيضا لها ضفيرتان لا يستوي به قتلها لانه لقوله عليه السلام ايا كم وذا الحية
البيضاء فانها من الجن من غير فصل بين الصلاة وغيرها فلا تقتل في غيرها ايضا الا بعد الاعذار والانذار بان يقول خل طريق المسلمين فان ابى قتل
والغالبية هي التي يضرب لونها الى سواد وفي مشيها التواء وقال الطحاوي رحمه الله الفرق بينهما فاسد لان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ على الجن العهود
والمواثيق بان لا يظهروا لامته في صورة حية ولا يدخلوا بيوتهم فاذا نقضوا العهد يباح قتلهم وهو مختار شمس الايمة والمصنف رحمهما الله
لاطلاق ما روينا قوله ويكره عد الاي والتسبيحات في الصلاة اطلق الصلاة اشارة الى ان العد مكروه في الفرايض والنوافل جميعا
وكذا عد السور باتفاق اصحابنا في ظاهر الرواية لان ذلك ليس من اعمال الصلاة وروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في غير ظاهر الرواية ان
العد باليد لا باس به وقيد باليد لان الغمز برؤوس الاصابع او الحفظ بالقلب غير مكروه بالاتفاق واحترز عن العد باللسان فانه يفسد الصلاة
وقيد بالصلاة احترازا عن خارج الصلاة لما ذكر فخر الاسلام ان عد التسبيح في غير الصلاة بدعة وكان السلف يقولون نذنب ولا نحصي
ونسبح ونحصي وقيد بالتسبيح والاي احترازا عن عد الناس وغيرهم فانه يكره بلا خلاف وكلام المصنف يدل على ان الخلاف بينهم في
الفرايض والنوافل جميعا وقيل الخلاف في النوافل ولا خلاف في المكتوبة انه يكره لان المصلي قد يحتاج الى ذلك عملا بما هو السنة وهي الكوفة
ايه المكتوبة في الفرايض لو عملا بما جاءت به السنة في صلاة التسبيح تسبيحاتها عشرا عشرا فلا باس بالعد حينئذ ولابي حنيفة رحمه الله انه يمكنه
ان

ان يجعل ذلك قبل الشروع في الصلاة واما في صلاة التسبيح فلا ضرورة ايضا الى العد باليد لانه يحصل بغمز رؤوس الاصابع فيستغني
عن العد باليد فصل لما فرغ عن بيان الكراهة في الصلاة شرع في بيان خارج الصلاة والخلا بالمد بيت التغوط والحضور
ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلا لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك رواه سلمان رضي الله عنه وانما قيد بالخلا وان كان
في الصحراء كذلك لما فيه خلاف الشافعي لانه يقول انما يكره اذا كان في الفضاء اما اذا كان في الابنية فلا وفي الاستدبار عن ابي حنيفة رحمه الله
روايتان ففي احدى الروايتين فرق بين الاستقبال والاستدبار بما ذكر في الكتاب من قوله لان المستدبر فرجه غير موازي وما ينحط منه ينحط
الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه موازي لها وما ينحط منه ينحط اليها فان قيل كيف يعارض هذا ما جاء في حديث ابن عمر وابي هريرة
رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تستقبلوا القبلة لغايط او بول ولا تستدبروها ولكن شرقوا او غربوا فالحكم محمول على ان
المراد به اهل المدينة لانهم اذا استدبروا صاروا متوجهين الى بيت المقدس وكان مكروها تعظيما لبيت المقدس او على انه يكون رافعا ذيله
عند التغوط قوله ويكره المجامعة فوق المسجد واضح وقوله لانه لم ياخذ حكم المسجد يعني لعدم الخلوص حتى يباع ويورث وان ندب اليه اي
الى اتخاذ المسجد في البيت فانه يستحب لكل انسان ان يعد في بيته للصلاة مكانا يصلي فيه النوافل والسنن قال الله تعالى في قصة
موسى عليه السلام واجعلوا بيوتكم قبلة وقال عليه السلام لا تجعلوا بيوتكم قبورا وهو عبارة عن ترك الصلاة في البيت قوله لانه
اي الغلق يشبه المنع من الصلاة وهو حرام قال الله تعالى ومن اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه وقيل لا باس به ان يغلق
باب المسجد اذا خيف على متاعه في غير اوان الصلاة لاختلاف احوال الناس باختلاف احوال الزمان الا ترى ان النساء كن يحضرن الجماعة
ثم منعن عن ذلك وكان المنع صوابا فكذلك اغلاق الباب المسجد في زماننا والتدبير فيه الى اهل المحلة فانهم اذا اجتمعوا على رجل وجعلوه
متوليا بغير امر القاضي يكون متوليا قوله ولا باس بان ينقش المسجد الخ انما ذكر هذه المسلة بهذه العبارة لاختلاف الناس فيها فمنهم
من كره ذلك لان عليا رضي الله عنه حين مر بمسجد مزخرف قال لمن هذه البيعة وانما قال ذلك لكراهة هذا الصنيع في المسجد وعندنا لا باس بذلك
لان عمر رضي الله عنه زاد في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزينه في خلافته ولان في تزيينه ترغيب الناس في الاعتكاف والجلوس
في المساجد لانتظار الصلاة وذلك لا محالة حسن وقال شمس الايمة السرخسي في قوله لا باس اشارة الى انه لا يوجر عليه ولا ياثم به وقيل
هو قربة لان الله تعالى حث على عمارة المساجد بقوله انما يعمر مساجد الله من امن بالله واليوم الاخر والكعبة مزخرفة بالذهب والفضة
مستوره بالديباج والحرير قوله وهذا اشارة الى لا باس يعني انما يكون لا باس به اذا فعل ذلك من فعل من مال نفسه اما المتولي فيفعل
من مال الوقف ما يرجع الى احكام البنا كالتحصين دون ما يرجع الى احكام النقش حتى لو فعل ذلك ضمن والله اعلم باب
صلاة الوتر لما فرغ من بيان المفروضات وما تعلق بها من بيان اوقاتها وكيفية ادايها والادا الكامل والقاصر شرع في بيان
صلاة هي دون الفرض وفوق النفل وهي صلاة الوتر والدليل على انه قصد هذه المناسبة ايراد النوافل بعدها ليكون الواجب
بين الفرض والنفل كما هو حقه الوتر عند ابي حنيفة رحمه الله واجب فقيل ليس في الوتر رواية منصوص عليها في الظاهر وقد روي
ابو يوسف بن خالد السمتي عن ابي حنيفة انها واجبة وهو الظاهر من مذهبه وروى نوح بن ابي مريم عنه انها سنة وبه اخذ ابو
يوسف ومحمد والشافعي وروى حماد بن زيد عنه انها فريضة وبه اخذ زفر قالوا الكلها اثار السنن فيها حيث لا يكفر جاحده ولا يوذن
له فيكون سنة واعترض عليه بانه مشترك الالزام فان لقايل ان يقول ظهر اثار الواجبات فيه حتى لا يكفر جاحده ولا يوذن
فيكون واجبا كصلاة العيد واجيب لا نسلم بان صلاة العيد واجبة سلمنا لكن المجموع من اثار السنن ولا نسلم ان صلاة العيد
ليس لها اذان بل قوله الصلاة يرحمكم الله اذانها وفيه نظر ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى زادكم صلاة الا وهي
الوتر رواه ابو بصرة الغفاري رضي الله عنه ووجه الاستدلال من اوجه احدها انه اضاف الزيادة الى الله والسنن انما تضاف الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني انه قال زادكم والزيادة انما تتحقق في الواجبات لانها محصورة بعدد لا في النوافل لانه لا نهاية لها
والثالث ان الزيادة انما تتحقق في الواجبات لانها محصورة بعدد لا في النوافل لانه لا نهاية على الشيء انما يتحقق اذا كان من جنس المزيد
عليه لا يقال زاد في ثمنه اذا وهب هبة مبتداه ولا يقال زاد على العبد اذا زاد بابا والمزيد عليه فرض فكذا الزايد الا ان الدليل غير
قطعي فصار واجبا والرابع الامر فانه للوجوب قوله ولهذا اي ولكونه واجبا وجب القضا بالاجماع فان السنن لا يجب قضاوها
بالاجماع قيل المراد بالاجماع اجماع اصحابنا على ظاهر الرواية فانه نقل عن ابي يوسف انه لا يقضى خارج الوقت وعن محمد انه قال احب الي ان
يقضي وقيل المراد بالاجماع اجماع السلف لكنه لم يثبت الا بطريق الاحاد قوله وانما لم يكفر جواب عن قولهما حيث لم يكفر جاحده ووجهه
انما يكفر اذا كان الدليل قطعيا وهو ليس كذلك لان وجوبه ثبت بالسنة يعني غير المتواتر والمشهور وكان مد يشير الى ان وجوبه لو ثبت بغير السنة
كفر جاحده وفيه نظر لانه حينيذ كان فرضا لا واجبا وفي الجملة كلامه في غير هذا الموضع لا يخلو عن تسامح ولكل جواد كبوة قوله وهو
اي كون وجوبه ثبت بالسنة هو المعنى بما روي عنه انه سنة قوله وهو يودي في وقت العشا فاكتفي باذانه اي اذان العشا واقامتها جواب
عن قولهما ولا يوذن له وقد علمت ما ورد عليه قال والوتر ثلاث ركعات الوتر عندنا ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام وقال الشافعي
في قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك لقوله عليه السلام ان الله وتر يحب الوتر ولنا ما روت عايشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يوتر بثلاث وحكى الحسن البصري اجماع المسلمين على الثلاث وهو مذهب ابي بكر وعمر والعبادلة وابي هريرة رضي الله عنه وروي ان
عمر رضي الله عنه راى سعيدا يوتر بركعة فقال ما هذه البتيرا لتشفعها او لاادبنك وانما قال ذلك لان الاثر اشتهر ان النبي صلى الله عليه وسلم

لنهي عن البتيرا قيل لا حجة له فيما روي لان الله تعالى ونزلا مر حيث العدد فقيل قد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من احب ان يوتر
بخمس فليفعل وقد روي انه اوتر بسبع وتسع واحدى عشرة في وجه ذلك اجيب بانه يجوز ان يكون ذلك قبل استقرار الوتر او يحمل على انه تنفل
بركعتين ثم يوتر بالثلاث وكذا غيره ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي في قوله الذي يوافقنا فيه على الثلاث يقنت فيها بعد
الركوع لما روي انه عليه السلام قنت في اخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روي ان ابن مسعود رضي الله عنه بعث امه لتراقب وتر رسول الله
صلى الله عليه وسلم فذكرت انه اوتر بثلاث ركعات قرأ في الاولى بسبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية بقل يا ايها الكافرون وفي الثالثة بقل
هو الله احد وقنت قبل الركوع وهكذا ذكر ابن عباس رضي الله عنهما والجواب عما روي انه قنت في اخر الوتر ان مراده على نصفه الذي هو
اخره ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي فانه يقول يقنت في النصف الاخير من رمضان لا غير لما روي ان عمر امر ابي بن كعب بالامامة
في ليالي رمضان وامره بالقنوت في النصف الاخير منه ولنا قوله عليه السلام للحسن حين علمه دعا القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل وتاويل
ما روي عن عمر رضي الله عنه ان المراد بالقنوت طول القراءة في الصلاة ولئن سلم ان المراد به القنوت المتنازع فيه فذلك اثر الصحابي
والشافعي لا يرى الاحتجاج به لا يقال انما احتج به لانه اجماع معنى فان ابيا رضي الله عنه كان يوم بحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل
محل الاجماع لان خلاف ابن عمر رضي الله عنهما قد ثبت حيث قال لا اعرف القنوت الا طول القيام ومع خلافه لا ينعقد الاجماع ويقرأ في كل ركعة
من الوتر بالاجماع اما عند من يقول بكونه سنة فلان القراءة واجبة في جميع ركعات النفل واما عند ابي حنيفة فلان وجوبه لما كان بالسنة
وجب القراءة في الجميع احتياطا لانها لا تفيد القطع واستدلال المصنف بقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران انما هو على وجوب
القراءة مطلقا واما على تعيين الفاتحة وضم السورة اليها فلا دلالة للاية على ذلك ثم ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه دليل
على ذلك واما انه لا يعين سورة بعينها يقرأها على الدوام فقد تقدم الكلام فيه ولو اراد التبرك بما ورد من حديث ابن مسعود رضي
الله عنه في بعض الاوقات كان حسنا واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت من حقيقة القراءة الى شبهها والتكبير انما شرعت
عند اختلاف الحالات كالقيام والركوع والسجود قيل التكبير مشروع عند اختلافها اي لا عند الخفض والرفع لا قوال الا ترى انه
لا يكبر منا عند الانتقال من الافتتاح الى القراءة وان اختلف الحال من الثنا الى القراءة واجيب بانه ثبت رفع اليدين في هذه الحالة
بقوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن ورفعها بغير تكبير غير مشروع في الصلاة كما في تكبيرة الافتتاح وتكبيرات العيدين
فكان التكبير ثابتا به وهو ما ثابت بالاستحسان بالاثر لان القياس يقتضي خلافه لان مبنى الصلاة على السكينة والوقار وقد ذكرنا المواطن
السبعة في صفة الصلاة والاتفاق اي سبع وانما كان المواطن مذكرا على تاويل البقاع والمراد بنفي رفع الايدي على تاويل سبيل الحصر ان
لا يرفع على وجه السنة الا في سبع مواطن لا بعينه مطلقا لان رفعها عند الدعا مستحب وعليه المسلمون في عامة البلدان وليس في القنوت
دعا معين سوى قوله اللهم انا نستعينك فان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على هذا في القنوت والاولى ان ياتي بعده بما علم رسول الله صلى
الله عليه وسلم الحسن بن علي رضي الله عنهما في قنوته اللهم اهدنا فيمن هديت الى اخره ولا يقنت في صلاة غيرها خلافا للشافعي قال ابو نصر
البغدادي القنوت في الفجر سنة عند الشافعي وفي غيرها ان حدثت حادثة وان لم يحدث فله قولان واستدل بحديث انس رضي الله عنه
كان النبي صلى الله عليه وسلم يقنت في صلاة الفجر الى ان فارق الدنيا ولنا ما روي ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه
وسلم قنت في صلاة الفجر شهرا يدعوا على حي من احيا العرب وهكذا روي عن انس رضي الله عنه قال قنت رسول الله صلى الله عليه
وسلم في صلاة الفجر شهرا وقال اربعين يوما يدعوا على رعل وذكوان وعصية وهم حين قتلوا القرا وهم سبعين رجلا او ثمانون
وقيل لما نزل قوله تعالى ليس لك من الامر شيء او يتوب عليهم ترك ذلك فان قنت الامام في صلاة الفجر سكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف يتابعه لان الاصل المتابعة والقنوت مجتهد فيه فلا يترك الاصل بالشك ولهما انه منسوخ لما روي انه عليه
السلام قنت شهرا ثم تركه ولا متابعة في المنسوخ واذا لم يتابعه ماذا يفعل قال بعضهم يقف قائما ليتابعه وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة
لان الساكت شريك الداعي الا ترى ان المقتدي لا يأتي بالقراءة وهو شريك الامام لا محالة كيف يقعد تحقيقا للمخالفة وهي مفسدة للصلاة
لان المخالفة فيما هو من الاركان والشرايط مفسدة لا في غيرها لا يقال الساكت اذا كان شريك الداعي ينبغي ان لا يقعد لان السكوت موجود
في القعود ايضا لان السكوت انما يكون دليل الشركة اذا لم يوجد المخالفة وقد وجدت لانه قاعد وامامه قائم قال المصنف والاول اظهر لان
فعل الامام يشتمل على مشروع وغيره فما كان مشروعا يتبعه فيه وما كان غير مشروع لا يتبعه فيه وقال بعضهم يسلم قبل الامام لان الامام
اشتغل بالبدعة فلا معنى لانتظاره ولم يذكره المصنف لانه مخالفة ظاهرة للامام فيما هو مشروع الاسلام ودلت المسألة على جواز الاقتدا
بالشفعوية يعني ان هذه المسألة تدل على شيئين احدهما ان الاقتدا بحنفي المذهب جايز والثاني ان المقتدي يتابعه امامه في قراءة القنوت
في الوتر وذلك لان الخلاف في المتابعة في قنوت الفجر مع انه اتباع في الخطا اجماعا على المتابعة في الدعا المسنون لان قنوت الوتر صواب
يتعين وقال ابو اليسر الاقتدا بشفعوي المذهب غير جايز من غير ان يطعن في دينهم لما روي مكحول النسفي في كتاب سماه كتاب الشعاع
عن ابي حنيفة ان من رفع يديه عند الركوع وعند رفع الراس منه فسدت صلاته وجعل ذلك عملا كثيرا فصلاته فاسدة عنده فلا يصح الاقتدا
بهم وفيه نظر لان فساد الصلاة عند رفع الراس من الركوع برفع اليدين لا يمنع صحة الاقتدا لجواز صلاة الامام اذ ذاك ثم قوله بالشفعوية خطا
من حيث اللغة لان النسبة الى الشافعي شافعي على ما حدث بالنسبة من المنسوب اليه قوله واذا علم المقتدي بزعمه فساد صلاته يعني ان
الاقتدا انما يصح اذا لم يكن في مواضع الخلاف بان يتوضأ في الخارج النجس من غير السبيلين ولان لا ينحرف عن القبلة انحرافا فاحشا ولا يكون
شاكا

شاكا في ابانه وان لا يتوضأ في الماء الراكد القليل وان يغسل ثوبه من المني ان كان رطبا او يفرك اليابس منه وان لا يقطع الوتر ويراعي الترتيب في الفوائت
وان يمسح ربع راسه فان علم منه شيئا من هذه الاشيا لا يصح الاقتدا وان لم يعلم جاز ويكره هذا حكم الفساد الراجع الى زعم المقتدي
ولم يذكر حكم الفساد الراجع الى زعم الامام وقد اختلف مشايخنا في ذلك فقال الفقيه ابو جعفر الهندواني وجماعة ان المقتدي ان راى ان
امامه مس امراة ولم يتوضأ فلا يصح الاقتدا به وذكر التمرتاشي ان مشايخنا جوزوه وقال صاحب النهاية وقول الهندواني
اقيس لما ان زعم الامام ان صلاته ليست بصلاة وكان الاقتدا حينئذ بنا الموجود على المعدوم في زعم الامام وهو الاصل
فلا يصح الاقتدا والمختار في القنوت ان يخفيه مطلقا سواء كان القانت اماما او مقتديا او منفردا لانه دعا وخير الدعا الخفي
ومنهم من يقول بالجهر بالقنوت لان له شبهة القراءة فان الصحابة اختلفوا في اللهم انا نستعينك انه من القران اولا والله اعلم

باب النوافل

لما فرغ من بيان الفرض والواجب شرع في بيان السنن والنوافل وترجم الباب بالنوافل لانها اعم واشمل
وقدم السنن على النوافل وهو في بحره وابتدا بذكر سنة الفجر لكونها اقوى قال صلى الله عليه وسلم صلوها ولو طردتكم الخيل او لتأسيسا
ذكر المواقيت فانه قدم ذكر وقت الفجر على غيره وفي المبسوط قدم ذكر سنة الظهر لان السنة تبع للفرض واول صلاة فرضت على النبي
صلى الله عليه وسلم صلاة الظهر ثم اختلف بعد سنة الفجر في الاقوى فقال الحلواني سنة المغرب لان النبي صلى الله عليه وسلم
لم يدعها في سفر ولا حضر ثم التي بعد الظهر لكونها متفقا عليها والتي قبلها مختلف فيه ثم التي بعد العشا ثم التي قبل
الظهر ثم التي قبل العصر ثم التي قبل العشا وقيل التي قبل الظهر اكد من غيرها بعد سنة الفجر وهو الاصح لان فيها وعيدا معروفا
قال عليه السلام من ترك اربعا قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقال الحلواني الافضل من السنن المشترك الا التراويح لان فيها اجماع
الصحابة رضي الله عنهم وقيل الصحيح ان الكل سواء ولا تختص الفضيلة بوجه دون وجه ولكن الافضل ما يكون ابعد من الريا
واجمع للاخلاص ثم ما ذكر في الكتاب واضح قوله والاصل فيه اي في هذا العدد المذكور قوله عليه السلام من ثابر والمثابرة
المواظبة فان السنة ما واظب النبي عليه السلام مع تركه وهو الذي النبي صلى الله عليه وسلم على ما ذكر في الكتاب يعني المبسوط
او مختصر القدوري قوله غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر بيان ما هو المذكور من حديث المثابرة فان المذكور في الكتاب
زايد على ثنتي عشرة قوله فلذلك سماه اي الاربع قبل العصر ركعتين قوله والافضل الاربع لانه اكثر عددا او ادوم
تحريمة فكان اكثر ثوابا قوله ولم يذكر اي النبي صلى الله عليه وسلم الاربع قبل العشا ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وفي كلامه
تسامح لانه قال ولهذا اي ولانه لم يذكر اي النبي صلى الله عليه وسلم الاربع قبل العشا كان مستحبا فقوله لعدم المواظبة علة لقوله
لكونه مستحبا وهو غير صحيح ويجوز ان يقال انما لم يذكر في حديث المثابرة لعدم المواظبة وذكر فيه اي في حديث المثابرة ركعتين
بعد العشا وفي غيره اي وفي غير حديث المثابرة وهو ما روي عن ابن عمر موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم
من صلى بعد العشا اربع ركعات كن كمثلهن من ليلة القدر ذكر الاربع فلهذا اي للاختلاف في الفاظ الحديث بين الاربع والركعتين
خير محمد بن الحسن والقدوري بقوله واربع بعدها وان شا ركعتين قوله الا ان الاربع افضل خصوصا اشار الى ما قال بعض مشايخنا
ان ما ذكر في الكتاب بقوله انه يصلي ركعتين بعد العشا قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فالافضل ان يصلي اربعا
وحمله عن هذه المسألة اي وهي ان صلاة الليل مثنى مثنى افضل او اربع بتسليمة واحدة فعنده الاربع افضل وعندهما
مثنى مثنى وهي صحيحة لان محمدا جعله بمنزلة صلاة الليل ولم يعده من السنن الموقتة لانه قال ان فعل فحسن والاربع قبل الظهر
بتسليمة واحدة عندنا لما قاله النبي صلى الله عليه وسلم روى ابو ايوب الانصاري ان النبي صلى الله عليه وسلم كان
يصلي بعد الزوال اربع ركعات فقلت ما هذه الصلاة التي تداوم عليها فقال هذه ساعة تفتح فيها ابواب السما واحب
ان يصعد لي فيها عمل صالح فقلت افي كلهن قراءة قال نعم فقلت ابتسليمة او بتسليمتين فقال بتسليمة واحدة وقال الشافعي
يؤديها بتسليمتين وهو افضل واحتج بما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصليهن بتسليمتين وروي انه عليه
السلام قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى والجواب عن الاول ان معنى قوله بتسليمتين تشهدين من باب ذكر الحال وارادة
المحل وقد روي هذا التاويل عن ابن مسعود وعن الثاني بان المشهور صلاة الليل مثنى مثنى والنهار رغب وليس تثبت وفيه [illegible]
لا واقفه [illegible] قوله ونوافل النهار اختلف العلما في كمية النفل ليلا ونهارا بحسب الاباحة والافضلية فالاباحة
في النهار هي ان يصلي ركعتين بتسليمة او اربعا وتكره الزيادة على ذلك قال في النهاية لا فايدة في تخصيص ابي حنيفة بهذا الحكم
لان كلا الحكمين الجوازي في نافلة الليل الى الثمان بغير كراهة فيها وراها اتفاق في عامة روايات الكتب وقلت يجوز ان يكون ذكر
ابي حنيفة للاحتراز عن قول الشافعي فانه يقول لا يزيد على اربع ولو زاد كره له ذلك قوله وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين
بتسليمة يفهم منه انه لا يزيد على ذلك من حيث الاباحة وليس كذلك بل لا يزيد عليهما من حيث الافضلية لان الزيادة عليهما
ليست بمكروهة بالاتفاق في الليل على ما ذكرنا وفي الجامع الصغير ذكر الثماني في صلاة الليل وانما ذكر الست ودليل الكراهة
ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز وعند الاختيار القدوري وفخر الاسلام وشمس الايمة
شمس الايمة الاصح انه لا يكره الزيادة على ثماني ركعات لانه عليه السلام صلى ثلاث عشرة ركعة فيكون ثماني صلاة الليل وثلث
وترا وركعتان سنة الفجر وكان يصلي هذا كله في الابتدا ثم فضل البعض وفيه نظر لان كلامنا فيما يكون بتسليمة واحدة

وليس فيما ذكرنا ما يدل على ذلك واما الافضلية فقد ذكر ان الافضل في الليل عند ابي يوسف ومحمد مثنى مثنى والتكرار للتاكيد لان معنى مثنى اثنين اثنين وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي مثنى مثنى فيهما وعند ابي حنيفة اربع اربع فيهما ولهما قوله عليه السلام صلاة الليل مثنى مثنى وكلامه ظاهر قوله والمراد ... جواب عن اعتبارهما بالتراويح فانه راعي فيها جهة التيسير بالقطع بالتسليم على راس الركعتين لانها تؤدى بجماعة فكان اشق على الناس ومعناه ما رواه ... جواب عن حديث الشافعي فقد ذكرناه فلما فرغ من بيان الصلاة المفروضة والواجبات والنوافل على الترتيب شرع في بيان القراءة التي تختلف وجوبها بحسب اختلاف هذه الصلوات واعلم ان مسئلة القراءة في الفرايض الرباعية مخمسة فعندنا هي فرض في الركعتين وقال الشافعي في الركعات كلها وقال مالك في ثلث ركعات وقال الحسن البصري في ركعة واحدة وقال ابو بكر الاصم القراءة في الصلاة سنة كساير الاذكار وهو فاسد لان ساير الاذكار حين شرع شرع سنة كساير الاذكار وهو فاسد لان ساير الاذكار حين شرع شرع سنة وجبت المخافتة على كل حال وههنا وجب الجهر بالقراءة في اكثر الصلوات بل في كلها من حيث الاصل فلو كانت سنة لكانت مخافتة لان مبنى التطوعات على الخفية والكتمان على انه مخالف لظاهر النص وخرق الاجماع ووجه قول الحسن ان قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن وهو لا يقتضي التكرار ولا يلزم اركعوا واسجدوا فان التكرار فرض لانه ثبت ذلك بفعل النبي صلى الله عليه وسلم والجواب عنه القول بالموجب وهو انا لا نسلم ذلك وهو لكنه لا ينافيه فيجوز ان يثبت بدليل آخر بما سنذكره ووجه قول مالك ان القراءة يجب ان تكون واجبة في جميع الركعات لقوله عليه السلام لا صلاة الا بقراءة لكنا اقمنا الاكثر مقام الكل تيسيرا ووجه قول الشافعي الحديث وذلك لان كل ركعة صلاة بدليل انه لو حلف لا يصلي فصلى ركعة حنث ولنا قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن على ما تقدم والامر بالفعل لا يقتضي التكرار على ما عرف في الاصول وما ذكرتم خبر واحد فلا يعارضه ولا يزاد عليه وانما اوجبنا بالثانية استدلالا بالاولى الحاقا بها بالدلالة لانها اي الاولى والثانية تتشابهان من كل وجه فان قيل لا نسلم ذلك لانهما يفترقان من حيث الثنا والتعوذ والتسمية اجيب بان ذلك امر زايد والاعتبار بالاركان فاما الاخريان وفي بعض النسخ الاخروان وهو لحن لان الالف اذا كانت ثالثة ردت الى اصلها في التثنية كعصوان ورحيان وانما كانت رابعة فتقلب ياء فيفارقانها اي الاوليين في حق السقوط وصفة القراءة وقدرها فانه لا يضم السورة الى الفاتحة فلا يلحقان بهما قوله والصلاة جواب عما رووه من الحديث وتقريره ان قوله لا صلاة مصدر مذكور صريحا فصار كمن حلف لا يصلي وذلك ينصرف الى الركعتين عرفا هكذا اهدا فان قيل لا صلاة نكرة في سياق النفي فيعم كل فرد من افرادها لغة او شرعية لا سبيل الى الاول لانها لغة الدعا وليست القراءة شرطا في فرد من افراد الدعا والثاني مسلم لكن الركعة الواحدة ليست من الافراد شرعا لنهيه عليه السلام عن البتيرا ولنا ان نقول ايضا بموجب العلة اي سلمنا ان لا صلاة الا بقراءة لكن الكلام في ان القراءة في الاوليين قراءة في الاخريين وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء قرأ فاتحة الكتاب قيل على جهة الثنا لا على جهة القراءة وبه اخذ بعض المتاخرين من اصحابنا وان سكت مقدار تسبيحة وان شاء سبح ثلاث تسبيحات كذا روي عن ابي حنيفة وهو ماثور عن علي وابن مسعود وعايشة رضي الله عنهم فقد روي عنهما انهما كانا يسبحان في الاخريين وسال رجل عايشة عن قراءة الفاتحة في الاخريين قالت اقرا ولتكن على وجه الثنا الا ان الافضل ان يقرا لان النبي صلى الله عليه وسلم داوم على ذلك يعني بترك والا لكان واجبا فلهذا اي فلكون قراءة الفاتحة على وجه الافضلية لا يجب سجدة السهو بتركها في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ان لم يقرا ولم يسبح عمدا كان مسيا وان سها عن ذلك وجب عليه سجدة السهو لان القيام في الاخريين مقصود فيكره اخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعا وظاهر الرواية اصح لان الاصل في القيام القراءة فاذا سقطت بقي القيام المطلق فكان كقيام المقتدي ثم اعلم ان المصنف قال في اول الفصل القراءة واجبة في الركعتين ولم يقل في الاوليين لانها فرض في ركعتين لا باعيانهما ان شاء قرا في الاوليين وان شاء قرا في الاخريين وان شاء في الاولى والرابعة وان شاء في الثانية والثالثة والافضل ان يقرا في الاوليين وقال في خلاصة الفتاوى في واجبات الصلاة عشر وذكر منها تعيين القراءة في الاوليين قوله والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر ظاهر وقوله ولهذا اي ولكون كل شفع صلاة على حدة لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان وان نوى اكثر من ذلك في المشهور عن اصحابنا وانما قيد بالمشهور احترازا عن قول ابي يوسف اولا على ما سياتي قوله ولهذا اي ولان القيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتداة قالوا يستفتح في الثالثة اي يقرا سبحانك اللهم وبحمدك كما في الابتدا واستشكل هذا على قول ابي حنيفة وابي يوسف فانهما جوزا ان ترك القعدة الاولى في التطوعات فلو كان كل شفع منها صلاة على حدة لما جازت تلك الصلاة لترك القعدة الاخيرة التي هي فرض والجواب انه وجه القياس وهو قول زفر ورواية عن محمد وفي الاستحسان لا يفسد لان الفرض هو القعدة الاخيرة واذا قام الى الثالثة وهو مشروع بالاجماع اشبه صلاته هذه صلاة الفجر من حيث ان كل شفع منها صلاة على حدة وصلاة الظهر من حيث ان الاربع مشروع كالركعتين وقد دخل في الشفع الثاني فالنظر الى الشبه الاول افسد صلاته لانه ترك القعدة الاخيرة وهي فرض وبالنظر الى الثاني لا يفسد لان القعدة المتروكة ليست الاخيرة فلا يفسد بالشك ويومر بالعود الى القعدة ما لم يسجد نظرا الى الشبه الاول ولم يومر به بعد السجود ولتاكيد الشبه الثاني به واوجبت القراءة على كل حال لانها ركن مقصود بعينها واما القعدة فانما شرعت للتحليل او للفصل بين شفعين فاعتبر فيها رعاية الشبهين وبوبد هذا وجوه القراءة

وقوله

القراءة في جميع ركعات الوتر فان القراءة في الصلاة ركن مقصود بعينها وكونه فرضا ثبت بالسنة ففيه احتمال النفل ليجب القراءة في الجميع احتياطا قال ومن شرع في نافلة ثم افسدها هذه هي المسئلة المشهورة في ان الشروع في النفل صلاة كانت او صوما ملزم عندنا خلافا للشافعي والعلما اوردوا هذه المسئلة في الصوم لان الاثار التي يحتج بها من الجانبين انما وردت فيه لكن الشيخ ابا الحسن القدوري لما راى حكم المسئلة فيهما ولعدا اوردها في كتاب الصلاة وتابعه المصنف قال الشافعي رحمه الله المتنفل متبرع فيما اي في فعله وهو واضح ولا لزوم على المتبرع لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل لكن شرع في صلاة النفل ناويا ان يصلي ركعتين كان مخيرا في الشفع الثاني والجواب انه لا لزوم على المتبرع قبل شروعه او بعده والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني عين النزاع والاية محمولة على الاول وقد بينا ان كل شفع من النفل صلاة على حدة فلم يوجد الشروع في التنفل الشفع الثاني حتى يكون ملزما ولنا ان المودي وقع بسلامة قربة الى مستحقه وكل ما وقع قربة لزم اتمامه ضرورة صيانته عن البطلان حق الغير قال الله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم فان قيل المودي لا يخلو اما ان يكون عبادة اولا فان كان الاول فلا حاجة الى الزام الباقي لان المشروع فيه عبادة وقعت الى مستحقها وان كان الثاني فلا وجه للتسليم اليه فالجواب انه عبادة حتى لو مات امنه ولينا يلزم تركب الشي من منافيه ولزام الباقي لانه الزم عبادة صوما او صلاة مثلا ولا يكون كذلك الا بالزام الباقي لانه بهذا الاعتبار غير متجزي قوله وان صلى اربعا اي شرع في الصلاة ناويا اربعا وقرا في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين بعد الشفع الثاني لان الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتداة فيكون ملزما اذا كان الافساد بعد الشروع فيها بالقيام الى الثالثة واما اذا كان قبل القيام الى الثالثة فلا يجب عليه قضا شي عن ابي يوسف انه يقضي اعتبارا بالنذر وذلك لان نية الاربع قارنت سبب الوجوب وهو الشروع فيلزم انقضا كما اذا نذر فان نية الاربع قارنت سبب الوجوب وهو النذر ولهما ان الشروع سبب لوجوب ما شرع فيه وهو الركعة الاولى ولوجوب ما لا يصح ما شرع فيه الا به وهو الركعة الثانية لان البتيرا منهي عنه والشفع الثاني ليس مما شرع فيه لانه لمعروض ولا توقف صحة ما شرع فيه عليه فلا يكون واجبا بالشروع في الوجه الاول وما لا يكون واجبا لا يجب قضاوه وظهر من هذا ان النية لم تقارن سبب الوجوب وهو الشروع لان الفرض انه لم يشرع بخلاف النذر فان نية النذر قارنت سبب الوجوب فيلزم القضا بالافساد وعلى هذا سنة الظهر فان افسد الاخريين قبل الشروع يقضيها عند ابي يوسف وعندهما لا يقضي وقيل يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة الحيطة صلاة واحدة حتى ان الزوج اذا اخبر امراته وهي في الشفع الاول من هذه الصلاة او احرمت لسنتها فاتمت اربعا لا يبطل خيارها ولا شفعها بخلاف ساير التطوعات قال وان صلى اربعا ولم يقرا فيهن شيا هذه المسئلة تعلب بمسئلة الثمانية وهذه الوجوه الاثنية فيه ستة عشر وهو انه قرا في الجميع ترك في الجميع ترك في الشفع الاول ترك في الشفع الثاني ترك في الركعة الاولى ترك في الثانية ترك في الثالثة ترك في الرابعة فهذه ستة عشر وجها والمصنف ترك الوجه الاول لان الكلام في الفساد بترك القراءة والتي يقرا في جميعها ليست منها وتداخلت منها سبعة اوجه في الباقية لاتحاد الحكم فعادت ثمانية فعليك بتمييز المتداخلة بالتعقيب في الاقسام المذكورة في الاصل والدليل فيها ما ذكره ان محمدا ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان في التحريمة لانها تعقد للافعال لكونها وسيلة اليها والافعال قد فسدت بترك القراءة بالاجماع وعند ابي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة لانه يوجب فساد الاداء لا بطلانه وفساد الاداء لا يزيد على ترك الاداء بعد التحريمة بان لم يات بالاركان حال كونه منفردا او حلف الامام او سبقه الحدث فذهب يتوضا وترك الاداء لا يبطل التحريمة فكذلك فساده وقلنا ان ترك القراءة توجب فساد الاداء لا بطلانه لانها ركن زايد بدليل ان للصلاة وجودا بدونها من المقتدي والاخرس والامي والركن الاصلي ليس كذلك واذا كان ركنا زايدا لا يوثر في ازالة اصل الصلاة حتى تصير باطلة وانما يوثر في ازالة صفتها وهي صحة الاداء عملا بقدر الدليل فصار فاسدا فان قيل سلمنا انه اوجب الفساد ولكن الفساد لا يزيد على تركه وان الترك لا يبطل التحريمة ولكن ما ذكرتم تاخير لا ترك فلا يكون معناه اجيب بان هذا ترك قبل اشتغاله بالاداء بعرف كونه تاخيرا اذا اشتغل بالاداء فعيل اشتغاله به يصح اطلاق اسم الترك عليه وفيه نظر لان للخصم حينئذ ان يقول لا نسلم ان الفساد لا يزيد على مثل هذا الترك فان قيل ما الفرق بين الكلام والحدث العمد وبينه حيث يبطلان التحريمة دونه اجيب بانهما من محظورات التحريمة وارتكابهما يقطع التحريمة لانه يمنع انعقادها في الابتدا فيجوز ان يقطعها بعد الصحة بخلاف ترك القراءة فان قلت سلمنا ذلك لكن انضاف الركن وهو ما يقوم به الشي بالزيادة ليس بكلام متحصل فالجواب ما قررنا في التقرير تعويلا لم يسبق اليه فعليك بتحصيله فان كثيرا من خصوم اصحابنا وبعض اصحاب المتاخرين ايضا انكروا هذه العبارة وعند ابي حنيفة ان ترك القراءة في الاوليين توجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا توجب اما الاول فلان كل شفع من المتطوع صلاة على حدة وكان ترك القراءة فيه اخلالا للصلاة عن القراءة فيكون فاسدة يجب قضاوها ويبطل تحريمها واما الثاني وكان القياس فيه مثل الاول كما لو تركها في احدى ركعتي الفجر لكن فساد الصلاة بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه لم يقل به الحسن البصري متمسكا بما هو دليل على ما تقدم فقضينا بالفساد في وجوب القضا كما في الفجر وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا في كل واحد من الحكمين فان قيل فساد الصلاة بتركها في الركعتين ايضا

اقسام

مجتهد فيه لان ابا بكر الاصم لا يقول بفسا(د) اجيب بان هذا خلاف لا اختلاف لكونه مخالفا للدليل القطعي وهو قوله تعالى فاقرؤا
ما تيسر من القران قوله واذا ثبت هذا يعني الاصل المذكور ظاهر سوى اشيا يشير اليها وهو قوله فعليه قضا الاخريين لانه
يعني اذا قعد بينهما واما اذا لم يقعد فعليه ان يقضي اربعا لان الفساد في الشفع الثاني يسري الى الاول اذا لم يقعد بينهما وقد
تقدم قوله لم يصح الشروع في الشفع الثاني يعني انه لا يكون صلاة في قولهما حتى لو اقتدى به انسان في الشفع الثاني لم يصح
اقتداوه ولو قهقه لم ينتقض طهارته قوله ولو قرا في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعند ابي يوسف يقضي اربعا وانما
قال وكذا عند ابي حنيفة اشارة الى انه ليس قولهما بالاتفاق بينهما بل هو قوله على رواية محمد وهو فصل اصاب محمد كما
نوى وعند محمد يقضي ركعتين بنا على اصله ان التحريمة قد بطلت بترك القراة في احدى الاوليين وابو يوسف ايضا مر على
اصله ان التحريمة باقية فيصح الشروع في الشفع الثاني واما ابو حنيفة فقد حرسها وزنه بين ابي يوسف ومحمد في مذهبه قال ر
حتى عرض عليه الجامع الصغير فقال ابو يوسف روية هذا لك عنه ان عليه قضا ركعتين وعن محمد بل رويت لك عنه
ان عليه قضا ركعات والاصل المذكور ساعد محمدا واعتذر لابي يوسف بان ما حفظه هو قياس مذهب ابي حنيفة لان
التحريمة ضعفت بالفساد بترك القراة في ركعة فلا يلزمه الشفع الثاني بالشروع فيه قال يعني محمدا وتفسير قوله
عليه السلام لا يصلي بعد صلاة مثلها اورد بعد ذكر ان القراة واجبة في جميع ركعات النفل وما ترتب على ذلك من المسائل
التي تشير دليلا على ذلك بيا اوله البعض من قوله يعني ركعتين بقراة وركعتين بلا قراة وانما حمل على هذا لانه ثبت خصوصه بالاجماع
فان الرجل يصلي ركعتي الفجر ثم الفرض ويصلي اربعا قبل الظهر ثم الفرض بعده فيحتاج ان يؤول على وجه مستقيم وهو ما ذكره
ومن مشايخنا من قال المراد به الزجر عن تكرار الجماعات في المساجد وهو حسن ويكون حجة على ان فيه قصدا وانه استشكل كلام المصنف
فيكون بيانا لفرضية القراة في ركعات النفل كلها بانه خبر الواحد فكيف يفيد الفرضية ولئن كان مشهورا فهو ما اوله كما ذكرنا ولئن
قال انه بيان لمجمل الكتاب فضار كخبر المسح لا يستقيم ايضا لان نص القراة لا يكون ليس بمجمل اذ لو كان مجملا لما كان قراة فاتحة الكتاب
فرضا واجيب بانه قال بيان الفرضية ويجوز ان يكون الفرضية ثابتة بقوله تعالى فاقرؤا كما تقدم والحديث لبيان انها فرض
في التطوع ركعة ركعة قال ويصلي التطوع قاعدا يجوز للقادر على القيام ان يصلي النفل قاعدا لقوله عليه السلام صلوا
القاعد على النصف من صلاة القايم سماه صلاة ولا يخلو اما ان يكون المراد ما كان بعذر او بغيره لا سبيل الى الاول لان ذلك
وصلاة القايم سيان في الثواب فتعين ان يكون بغير عذر ولا يخلو اما ان يكون المراد بها الفرض او التطوع لا سبيل الى الاول
بالاجماع فتعين الثاني ولانه خير موضوع اي مشروع لك ومرفوع عنك لكونه غير واجب وما كان بهذه المثابة لا يشترط
فيه ما قد يفضي الى تركه لان ما يفضي الى ترك الخير لا يكون خيرا والقيام يفضي الى ذلك لانه ربما يشق على المصلي فلا يشترط كيلا
ينقطع به اي بسببه عن الخير واختلفوا في كيفية القعود روى محمد عن ابي حنيفة انه يقعد كيف شا لانه لما جاز ترك اصل
القيام فترك صفة القعود اولى وعن ابي يوسف انه يحتبي لان عامة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في اخر عمره كان محتبيا
وعن محمد انه يتربع لانه اعدل وعن زفر انه يقعد كما يقعد في حالة التشهد وهو الذي اختاره الفقيه ابو الليث وشمس الايمة
السرخسي والمصنف رحمهم الله لانه عهد مشروعا في الصلاة وان افتتحها قايما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة رحمه الله
وهو استحسان وعندهما لا يجوز وهو قياس لان الشروع عندنا معتبر بالنذر في الالزام ولو نذر ان يصلي قايما لم يجز ان يصلي قاعدا
فكذا اذا شرع قايما ولابي حنيفة رحمه الله ما تقدم ان الشروع ملزم ما شرع فيه وما لا صحة لما شرع فيه الا به كالركعة الثانية
وههنا ما شرع فيه وهو الركعة الاولى قايما صح بدون القيام في الثانية بدليل حالة العذر فلا يكون الشروع في الاولى قايما موجبا
للقيام في الثانية بخلاف النذر لانه التزم القيام نصا بتسميته فيلزم حتى لو لم ينص على القيام في نذره لم يلزمه القيام عند
بعض المشايخ قال الفقيه ابو جعفر الهندواني لا رواية فيما اذا نذر ان يصلي صلاة ولم يقل قايما او قاعدا ثم اختلف المشايخ
قال الامام فخر الاسلام رحمه الله لم يلزمه القيام لانه في النفل وصف زايد فلا يلزم الا بالشرط وقال بعضهم يلزمه قايما لان ايجاب
العبد معتبر بايجاب الله تعالى اوجبه قايما وفي قوله ولم يحك الى اخره نظر لانه لا يستقيم في الاستدلال على قول ابي حنيفة اخذ
قول بعض ما تاخر عنه بازمنة كثيرة واعلم ان الدليل المذكور في الكتاب يفيد انه لو قعد في الركعة الاولى بعد افتتاحها
قايما لا يجوز لان الشروع يلزم ما باشره وما باشره الا قايما وذكر في الفوايد الظهيرية ما يدل على جوازه حيث قال المطلوب في الا(بتدا)
كاتب له الخيرة بين الافتتاح قايما وبين الافتتاح قاعدا فكذلك في الانتها بالطريق الاولى لان حكم الاستدامة احق
بدليل ان الامام لا يجوز له انشا الجمعة بلا جمع ويجوز البنا وفيه نظر لانا نكون البنا اسهل من الابتدا من الممكن كالنزاع فيه لكن عارضه
اصل اخر وهو ان الشروع فيما باشره يلزمه قوله ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته يعني سوا بعذر او بغيره توجه عند افتتاح
الصلاة الى القبلة او لم يتوجه لاطلاق المروي لذلك فرق بين ان يكون على دابته في موضع جلوسها او في ركابه نجاسة او لا لان الركوع
والسجود اذا اسقطا مع كونهما ركنين فلان يسقط طهارة المكان وهو شرط اولى وفيه نظر لانه يستلزم جوازه بلا وضو وهو
باطل ولا يلزم من سقوط الشي الى خلف سقوطه لا الى خلف له وكان ما قال محمد بن مقاتل وابو حفص الكبير رحمهما الله اذا كانت النجاسة
في موضع الجلوس او الركابين اكثر من قدر الدرهم لا يجوز الصلاة وهو القياس اعتبارا للصلاة على الدابة بالصلاة على

الارض وان كانت عامة المشايخ على الجواز للضرورة وما في الكتاب ظاهر قوله واما الفرايض فمخصة يوقت اشارة الى ان الفرايض
لا تجوز على الدابة فلا يصلي المسافر المكتوبة على الدابة الا من عذر كخوف اللص والسبع وطين المكان وكون الدابة جموحا وكون
المسافر شيخا كبيرا لا يجد من يركبه قوله يترك سنة الفجر قال ابن شجاع يجوز ان يكون هذا البيان الاولى يعني ان الاولى ان يترك
ركعتي الفجر قوله يعني اشتراط السفر اشارة الى ما روي عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان جواز التطوع على الدابة للمسافر
خاصة لان الجواز بالايما للضرورة ولا ضرورة في الحضر والصحيح ان المسافر وغيره سوا بعد ان يكون خارج المصر واختلف في مقدار
البعد عن المصر والمذكور في الاصل مقدار الفرسخين وقدر بعضهم بالميل ومنع الجواز في اقل منه قوله والجواز بالنص مطوق على
قوله اشتراطا فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلت ذلك في النصوص دون الروايات وذكر في المبسوط ان عند
ابي حنيفة لا يجوز التطوع على الدابة في المصر لان النص ورد خارج المصر على خلاف القياس والمصر ليس في معناه لان السير
على الدابة فيه لا يكون مديدا عادة فرجعنا فيه الى القياس وعن ابي يوسف لا باس به لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم ركب الحمار
في المدينة يعود سعد بن عبادة وهو يصلي عليه وحكي ان ابا يوسف احتج به على ابي حنيفة فلم يرفع راسه قيل انما لم يرفع راسه
رجوعا منه الى الحديث وقيل بل هذا حديث شاذ فيما يعم به البلوى فلا يكون حجة ومحمد جوزه بالحديث لكنه كرهه لان الغلط
يكثر في المصر فلا يومن الغلط في القراة ومن افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل وانما قيد
بقوله صلى ركعة بطريق الاتفاق فانه لو لم يصل ركعة فالحكم كذلك وتحرير ذكره يحتاج الى تقديم مقدمة هي ان بنا
بعض الصلاة على بعض انما يجوز اذا كانا متساويين تحريمة واحدة واما اذا لم يكونا كذلك فلا يجوز واذا ظهر هذا فاحرام
الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فلا يبطل وكان ما صلى نازلا وهو راكب وما يصلي بعد النزول بالركوع
والسجود موجبي تحريمة واحدة مجازا بنا احدهما على الاخر فاذا اتى بهما اي بالركوع والسجود واحرام النازل لم ينعقد الا
موجبا للركوع والسجود لانه لا يقدر على الركوب بلا مبطل لكونه عملا كثيرا فلا يكون ما صلى نازلا بركوع وسجود وما يصلي بعد الركوب
بالايما موجبي تحريمة واحدة فلا يجوز بناوه لان القدرة على الركوب بعد الافتتاح من غير مبطل ممكن بان يرفعه شخص ويضعه
في السرج وصفا لان الاقتدار على الشي في التكليف انما يعتبر بقدرة المكلف لا بقدرة غيره وعن ابي يوسف انه يستقبل اذا
نزل ايضا لان في البنا بنا القوي على الضعيف وهو لا يجوز كالمريض اذا قدر في خلال صلاته على الركوع والسجود فانه يستقبل
لئلا يلزم بنا القوي على الضعيف والجواب بما ذكرنا من المقدمة فان احرام المريض العاجز عن الركوع والسجود لم يتناولهما لعدم
القدرة عليهما فصار كاحرام النازل فلا يجوز بنا ما لم يتناوله احرامه على ما تناوله بخلاف الراكب اذا نزل وكان هذا من باب
تخصيص العلل لمن جوزه فلا ومن لم يجوزه يلتجي الى المخلص المعلوم في اصول الفقه وعن محمد اذا نزل بعد ما صلى ركعة يستقبل
لانه صار صلاة فلا يبني فيها القوي على الضعيف واما اذا لم يصلها فلوجود تحريمة وهي شرط والشرط المنعقد للضعيف
شرط للقوي ايضا كالطهارة للنافلة طهارة للفريضة فليس فيها بنا قوي على الضعيف والاصح هو الظاهر وهو ان الراكب
اذا نزل بنى والراكب اذا ركب استقبل لما ذكرنا فصل في قيام شهر رمضان ذكر التراويح في فصل على حدة لاختصاصها
بالمسامي يطلق النوافل من الجماعة وتقدير الركعات وسنة الكمية وترجم بقيام رمضان اتباعا للفظ الحديث قال صلى الله عليه
وسلم ان الله تعالى فرض عليكم صيامه وسننت لكم قيامه والترويحة اسم لكل اربع ركعات فانها في الاصل ايصال الراحة وهي
الجلسة ثم سميت الاربع ركعات في اخرها الترويحة قوله ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة يعني في حق الرجال والنسا وفيه
نظر لانه قال يستحب ان يجتمع الناس وهذا يدل على ان اجتماع الناس مستحب وليس فيه دلالة على ان التراويح مستحبة والى
هذا ذهب بعضهم فقال التراويح سنة والاجتماع مستحب قوله لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم
لقوله صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي فان قيل لو كانت سنة لواظب عليها النبي صلى الله
عليه وسلم ولم يواظب اجاب بانه بين صلى الله عليه وسلم العذر في ترك المواظبة وهو خشية ان يكتب علينا روي انه صلى الله
عليه وسلم خرج ليلة من ليالي رمضان وصلى عشرين ركعة فلما كانت الليلة الثانية اجتمع الناس فخرج وصلى بهم عشرين
ركعة فلما كانت الليلة الثالثة كثر الناس فلم يخرج وقال عرفت اجتماعكم لكني خشيت ان يكتب عليكم وكان الناس يصلونها
فرادى الى زمن عمر رضي الله عنه فقال عمر رضي الله عنه اني ارى ان اجمع الناس على امام واحد فجمعهم على ابي بن كعب فصلى بهم
الخمس ترويحات عشرين ركعة قوله والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة كان من حقه ان يقول وكذا
والمستحب في الانتظار بين الترويحتين لانه انسب لعادة اهل الحرمين على ذلك واهل الحرمين لا يجلسون فان اهل مكة يطوفون
بين كل ترويحتين اسبوعا واهل المدينة يصلون بدل ذلك اربع ركعات واهل كل بلد بالخيار يسبحون او يهللون او ينتظرون
سكوتا وانما يستحب الانتظار بين كل ترويحتين لان التراويح ماخوذة من الراحة فيفعل ما قلنا تحقيقا للمسمى واختلف
البعض الاستراحة على خمس تسليمات وهو بخلاف التراويح وليس بصحيح اي مستحب قوله وبه اي وبيان وقتها بعد
العشا قبل الوتر وبعده قال عامة المشايخ ان صلاها قبل العشا او بعد الوتر لا تكون تراويح لانها عرفت بفعل الصحابة
وكان وقتها ما صلوا فيه وهم ما صلوا فيه وهم صلوا بعد العشا قبل الوتر وذهب مياحرو مشايخ بلخ الى ان جميع الليل

الي طلوع الفجر قبل العشا وبعده وقتها لانها سميت قيام الليل وكان وقتها الليل والاصح ان وقتها بعد العشا قبل الوتر وبعده لانها نوافل
سنت بعد العشا فلو صلي قبل العشا لا يكون تراويح ولو صلي بعد الوتر جاز قوله ولم يذكر قدر القراة ظاهرو قال بعضهم يقرا في كل شفع
مقدار ما يقرا في صلاة المغرب لان التطوع اخف من المكتوبه فيعتبر باخف المكتوبات قراة وقال بعضهم يقرا مقدار ما يقرا في العشا
لانها تبع لها وروي الحسن عن ابي حنيفه رحمه الله انه يقرا في كل ركعة عشر ايات وهو الصحيح لان فيه تخفيف علي الناس ويحصل به السنة
لان عدد الركعات في ثلاثين ليله ستمايه وايات القران ستة الاف وكسر فاذا قرا في كل ركعة عشر ايات يحصل الختم و قوله
بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات يعني اذا علم ان قراتها تثقل علي القوم يتركها وينبغي ان ياتي بالصلوات لكونها فرضا عند الشافعي
فيحتاط في الاتيان قوله ولا يصلي الوتر بجماعة ظاهرو اما الوتر في رمضان بجماعة افضل لان عمر رضي الله عنه كان يؤمهم في
الوتر وذكر ابو علي النسفي ان علماءنا اختاروا ان يوتر في رمضان في منزله ولا يوتر بجماعة لان الصحابة لم يتفقوا علي الوتر بجماعة
في رمضان كاجتماعهم علي التراويح فان ابي ابن كعب ما كان يؤمهم فيها وتصح التراويح بمطلق السنة وبنية التراويح او سنة الوقت
افضل باب ادراك الفريضه لما فرغ من بيان الفرايض والواجبات والنوافل شرع في بيان الادا الكامل وهو
الادا بالجماعة ومن صلي ركعة من الظهر ثم اقيمت اي شرع الامام في الصلاة فصلي اخري صيانه للمؤدي عن البطلان لان البترا
منهي عنها ثم يدخل مع القوم احراز الفضيلة الجماعة كما لو شرع في الظهر فاقيمت الجماعة فان قيل كيف يجوز ابطال صفة الفرضية لاقامة
السنة اجيب بان النقض ليس لاقامة السنة بل لاداء الفرض علي وجه اكمل فان النقض للاكمال اكمال لهدم المسجد للبنا وللصلاة بالجماعة
فضل علي المنفرد بسبع وعشرين درجة فيجوز النقض لادراكه فان قيل كيف يستقيم هذا علي مذهب محمد فان الاصل عنده ان
صفة الفرض اذا ابطلت بطل اصل الصلاة علي ما سياتي فلا يكون المؤدي مصونا عن البطلان اجيب بان ذلك مذهبه فيما اذا لم
يتمكن من اخراج نفسه عن عهدة ما عليه بالمضي فيها كما اذا قيد الخامسة بالسجدة وهو لم يقعد في الرابعة وهنا لم يتمكن من ذلك
وفوقانيتها اي ابطال صفة الفرضيه لاحراز الجماعة باطلاق من الشرع لانه جاز قطعها لحطام الدنيا حتي قيل لاجل الدرهم فكان يجوز
لاحراز الفضيلة اولي بخلاف بطلانها في تلك الصلاة فانه ليس باطلاق من الشرع وان لم يقيد الاولي بالسجدة الا تري ان من قام الي
الخامسة ولم يقعد علي الرابعة يرفض الخامسة ما لم يقيدها بالسجدة والقطع للاكمال وهو اكمال وقال بعضهم يصلي ركعتين ثم يقطع واليه
مال شمس الايمة لان ما اتي به لم يكن صلاة لم توقه سلمة في المستحب فلا يجوز ابطالها الا تري انه لو شرع في التطوع ثم اقيمت للظهر لم يقطع
التطوع كالفرض اولي والجواب ان يقطع في محل النزاع للاكمال دون ما ذكرتم واليه اشار المصنف بقوله والقطع للاكمال بخلاف
ما اذا كان في النفل ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر او السنة قبل الجمعة فاقيم للظهر او خطب الامام لف ونشر مستقيم
يقطع علي راس الركعتين لاحراز الفضيلة الجماعة يروي عن ابي يوسف وروي في الجمعة عن ابي حنيفه في النوادر وقيل يتمها
لان الاربع قبل الظهر بمنزلة صلاة واحدة كما تقدم وان كان قد صلي ثلثا من فرض الظهر يتمها لان للاكثر حكم الكل فيتثبت
به شبهة الفراغ ولو ثبت حقيقة لم يحتمل النقض فكذا اذا ثبتت شبهه بخلاف ما اذا لم يقيد الثالثه بالسجدة لانه محل
الرفض كما مر فيقطعها واذا اراد القطع فهو بالخيار ان شا عاد وقعد وسلم ليكون ختم صلاته علي الوجه المشروع ثم اختلفوا
اهل يتشهد ثانيا او لا فقيل يتشهد لان القعدة الاولي لم تكن قعدة ختم وقد صارت فيتشهد وقيل يكفيه التشهد الاول لان
بالعود الي القعدة ارتفض القيام وجعل كانه لم يوجد اصلا وكانت هذه القعدة قعدة ختم وقد تشهد فيها وسلم تسليمتين عند
بعضهم لانه المعهود في التحلل وقيل بتسليمة واحدة لان التسليمة الثانيه للتحلل وهذا التحلل قطع من وجه وان شا كبر قايما ينوي
الدخول في صلاة الامام لانه مسارعة الي ادراك الفرضيه وقال شمس الايمة الحلواني لو لم يعد الي القعدة فسدت صلاته وهو المذكور
في النوادر واختاره شمس الايمة السرخسي لان القعدة المؤداه لم تقع فرضا وركعة ما انقلبت نفلا لم يكن له بد من القعدة المفروضة
وقال فخر الاسلام الاصح ان يكبر قايما لانه يختم صلاته فاذا كبر قايما ينوي الشروع في صلاة الامام ينقطع الاولي في ضمن شروعه في
صلاة الامام ثم هو مخير ان شا رفع يديه وان شا لم يرفع و قوله واذا اتمها معطوف علي قوله يتمها و قوله ويدخل مع القوم
الدخول ليس بحتم لان الذي يصلي معهم نافلة ولا الزام فيها وانما فضل الدخول لانه في وقت مشروع ويندفع عنه تهمة انه ممن لا يري
الجماعة فان قيل يلزم اداء النفل مع الجماعة خارج رمضان وهو مكروه اجيب بان الكراهة اذا كان الامام والقوم متنفلين
واما اذا كان مفترضا فلا كراهة روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم فرغ من الظهر فراي رجلين في اخر باب الصفوف لم يصليا
معه فقال علي بهما فاتي بهما وفرايصهما ترعد فقال علي رسلكما اني امراة كانت تاكل القديد ثم قال ما لكما لم تصليا معنا فقالا
كنا صلينا في رحالنا فقال اذا صليتما في رحالكما ثم اتيتما صلاة قوم فصليا معهم واجعلوا صلاتكما سبحة اي نافلة
قال فان صلي من الفجر ركعة كلامه واضح و قوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف رحمه الله انه يصلي اربعا تبعا للامام
وركعه يعلمها بعد فراغ الامام لان مخالفة الامام بعد فراغه لا يمنع الاقتدا كالمقيم اذا اقتدي بالمسافر وكالمسبوق فانهما يقومان
ولا يلزم من جوازه بعد فراغ الامام والجواب علي الظاهر انهما يفعلان لادا ما عليهما وفيما نحن فيه يفعله نافلة والاول اقوي لجواز المخالفة لامر قوي
جوازه لامر ضعيف قوله ومن دخل مسجدا قد اذن فيه فيه تفصيل وذلك ان من دخل مسجدا قد اذن فيه فاما ان يكون
قد صلي او لم يصلي فان لم يصلي فاما ان يكون مسجد حيه او لا فان كان كره له ان يخرج قبل الصلاة لان المؤذن دعاه ليصلي فيه
وان

تبطل وشرع مع الامام هو الصحيح واليه مال فخر الاسلام لانه محل الرفض يعني ولانه الرفع في الجملة مالم يقيد بالسجدة

وان لم يكن فان صلوا في مسجد حيه فكذلك لانه صار بالدخول فيه من اهله وان لم يصلوا فيه وهو مخير لان يصلي فيه لا باس به
لان الواجب عليه ان يصلي في مسجد حيه وان كان قد صلي وكانت الظهر او العشا فلا باس بالخروج الي اخره ما ذكره في الكتاب وهو واضح
قوله يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد اما انه يصلي وان كانت الجماعة قد قامت لان سنة الفجر من اقوي السنن وافضلها قال عليه السلام
صلوها وان طردتكم الخيل وقال عليه السلام ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها وادراك ركعة من الفجر كادراك الكل قال عليه السلام
من ادرك ركعة من الفجر فقد ادرك الصلاة فكان جمع بين الفضيلتين واما انه يصلي عند باب المسجد فلانه لو صلاهما في المسجد كان
متنفلا فيه عند اشتغال الامام بالفرضيه وهو مكروه فان لم يكن علي باب المسجد موضع للصلاة يصليها في المسجد خلف سارية من سواري
المسجد واشدها كراهة ان يصليها مخالطا للصف مخالفا للجماعة والذي يلي ذلك خلف الصف من غير حايل بينه وبين الصف والوقت
المستحب لها قبيل ما طلع الفجر لوجود السبب وقيل يقرب من الفرض لانها تبع لها قوله وان خشي فوتهما يشير الي انه ان كان يرجوا
ادراك القعدة يدخل مع الامام وحكي عن الفقيه ابي جعفر انه علي قول ابي حنيفه وابي يوسف يصلي ركعتي الفجر لان ادراك
التشهد عندهما كادراك الركعة اصله مسلة الجمعة والفقيه اسماعيل الزاهد كان يقول يشرع في السنة فيقطعها ويدخل مع
القوم حتي يلزمه بالشروع فيتمكن من القضا بعد الفجر ورده الامام السرخسي بان ما وجب بالشروع ليس باقوي مما وجب بالنذر وقد
نص محمد ان المنذور لا يؤدي بعد الفجر قبل الطلوع وبان هذا امر بالافتتاح علي قصد ان يقطعها وهذا غير مستحسن شرعا وقوله
ان اراد الفقيه بقوله بعد الفجر قبل طلوع الشمس فالترديد موجه وان اراد بعده فلا والقصد للقطع نقض للاكمال فلا باس به
و قوله لان ثواب الجماعة اعظم لما روي انه عليه السلام قال صلاة الجماعة افضل من صلاة المنفرد بسبع وعشرين درجة
و قوله والوعيد بالترك الزم يريد به ما روي انه عليه السلام قال لقد هممت ان استخلف من يصلي بالناس وانظر الي
من لم يحضر الجماعة فامر بعض الفتيان بان يحرقوا بيوتهم و قوله في الحالتين يريد بهما حال خوف فوت كل الفرض وحالة
خوف فوت البعض و قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انه لا يقضيها وهذا غير سديد لانه عليه فاتته الاربع قبل
الظهر فقضاها بعده دونه عايشة رضي الله عنها قوله ولا كذلك سنة الفجر يعني ولا يمكن اداوها بعد الفرض فحصل الفرق و قوله
هو المروي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم يعني قوله عليه السلام نوروا بيوتكم بالصلاة ولا تجعلوها قبورا وما روي ان جميع سنن
رسول الله صلي الله عليه وسلم ووتره كان في بيته و قوله واذا فاتته ركعتا الفجر ومن فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس
لانه يبقي نفلا مطلقا اذ السنة ما اداها رسول الله صلي الله عليه وسلم ولم يثبت انه اداها في غير الوقت علي الانفراد وانما قضاها
تبعا للفرض غداة ليلة التعريس وليس الكلام فيه وهو اي النفل المطلق مكروه بعد الصبح و قوله ولا بعد ارتفاعها عند
ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد احب الي ان يقضي وان لم يفعل فلا شي عليه ومنهم من حقق الخلاف وقال الخلاف في انه حين
لو قضي كان نفلا مبتدا او سنة و قوله لاختصاص القضا بالواجب لان القضا تسليم مثل الواجب بالامر وكلامه واضح و قوله
وفيما بعده اختلاف المشايخ اي مشايخ ما وراء النهر قال بعضهم يقضيهما تبعا ولا يقضيهما مقصوده وقال بعضهم لا يقضيهما
مطلقا لان النص ورد في الوقت المهمل علي خلاف القياس فلا يقاس عليه وقت فرض اخر قيل وهو الصحيح و قوله واما سائر
السنن سواها اي سوي سنة الفجر وفي بعض النسخ سواهما اي سوي ركعتي الفجر لا يقضي بعد الوقت وحدها وفي قضاها تبعا للفرض
اختلف المشايخ قال بعضهم يقضيها لانه كم من شي يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وفيه نظر لان مثل هذا يسمي ثبوتا لا تبعا
وقال بعضهم لا يقضيها لاختصاص القضا بالواجب وهو الصحيح و قوله ومن ادرك من الظهر ركعة من ادرك ركعة من
الصلوات الرباعيه ولم يدرك الثلث لم تحصل تلك الصلاة بجماعة باتفاق بين اصحابنا رحمهم الله وادرك فضيلة الجماعة
اي صار محرز الثواب صلاة صليت بجماعة باتفاق ايضا بينهم وعلي هذا يكون تخصيص قول محمد بادراك فضل الجماعة غير مفيد
واجيب عن ذلك بانه انما خصه لدفع ما عسي يتوهم علي قوله في الجمعة ان مدرك الامام في التشهد ليس مدرك للجمعة فيتوهم ان
انه لا يدرك فضيلة الجماعة في هذه المسلة لانه مدرك للاقل فكان ادراك الاقل حرمة ادراك الجمعة بحرمة ادراك الجماعة فدفع
هذا الوهم بتخصيصه بالذكر و قوله ولهذا تفريع علي ذلك بالاتفاق قال في الجامع اذا قال عبده حر ان صلي الظهر بجماعة
فسبق ببعضها لم يحنث لانه لم يصل الكل بهم لان نواه بالبعض وان قال ان ادرك الظهر حنث وان ادركهم في التشهد لان المدرك
لاخر الشي مدرك لذلك الشي فلما كان مدركا للجماعة بادراك ركعة كان مدركا لثوابها قال ومن اتي مسجدا قد صلي فيه اذا فاتته
الجماعة رجلا او دخل في مسجد قد صلي فيه او اراد الصلاة المكتوبه في مسجد غيره فلا باس بان يتطوع قبل المكتوبه ما بدا له
من السنن الرواتب وغيرها ما دام في الوقت وفي الوقت سعة اما اذا لم يكن يبدا بالمكتوبه لئلا يفوته الفرض وفيه
قيل هذا اي قول محمد لا باس بان يتطوع انما هو في غير سنة الفجر الظهر والفجر لان التطوع قبل العصر والعشا مندوب اليه والناس
في خيرة بين اتيانه وتركه فان لا باس بالتطوع قبلهما واما التطوع قبل الفجر والظهر فلا بد من ذلك لانهما رافده فمرغبه قال صلي
الله عليه وسلم صلوهما وان طردتكم الخيل والامر للندب بدليل التاكيد بقوله وان طردتكم الخيل وقال عليه السلام من ترك الاربع
الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وهو وعيد عظيم ودلالته علي مواداه الاربع اقوي من الاول وهذا اي قول محمد لا باس بان يتطوع
في الجميع لانه صلي الله عليه وسلم اتي واظب عليها عند اداء المكتوبات بجماعة ولا سنة دون المواظبه فان صلي لا يكون سنة اي

يكون تطوعا وهو قول صدر الاسلام ومثله مروي عن الحسن بن زياد والكرخي قال المصنف والاولى ان لا يتركها اي
السنن الرواتب في الاحوال كلها يعني سوا ان صلي بجماعة او منفرد امقيما او مسافرا هكذا افعل الخلفا الراشدون وكبار
الصحابة والتابعون ولان المنفرد احوج اليها لا افتقاره الي تكميل الثواب الا اذا خاف فوت الوقت فانه يسلم من
تركها قوله ومن انتهي الي الامام اي ادركه في ركوعه فكبر يعني تكبيرة الافتتاح وقيد بالركوع لانه اذا انتهي اليه وهو
قايم فكبر ولم يركع معه حتي رفع الامام راسه من الركوع ثم ركع انه مدرك لتلك الركعة بالاجماع واذا انتهي الي القومة
بعد الركوع لا يكون مدركا لتلك الركعة بالاجماع واما اذا انتهي اليه وهو راكع فكبر ولم يركع معه سوا كان متمكنا من الركوع
اولم يتمكن وهو مسئلة الكتاب لا يكون مدركا لها عند العلما خلافا لزفر وهو قول سفيان الثوري وعبد الله بن
ابي ليلي وابن المبارك قالوا ادرك الامام فيما له حكم القيام فان الركوع يشبه القيام حقيقة لان القايم يشبه
بقارق القاعد في انتصاب الشق الاسفل وهو موجود في الركوع وحكما لانه ياتي فيه تكبيرات العيد التي
ياتي بها في حقيقة القيام وهذا الدليل انما يتم اذا ثبت ان ادراكه فيما له حكم القيام كادراكه في حقيقة القيام ولنا
ما تقدم ان الاقتدا شركة في افعال الصلاة ولم يوجد في القيام وهو ظاهر ولا في الركوع وكون الركوع يشبه القيام حكما غير
معتبر ههنا لحديث ابن عمر رضي الله عنهما اذا ادركت الامام راكعا فركعت قبل ان يرفع راسه فقد ادركت تلك الركعة وان
ادركت رفع قبل ان تركع فقد فاتتك تلك الركعة ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام جاز فعله ذلك ولا يعتد به صلاته
وان لم يعد الركوع وقال زفر لا تجوز اي الصلاة ان لم يعد الركوع لان ما اتي به قبل الامام غير معتد به لكونه منهيا عنه قال عليه
السلام انما جعل الامام اماما ليوتم به فلا تختلفوا عليه فكذا ما يبتنيه عليه لان البنا علي الفاسد فاسد فصار كما اذا رفع راسه
من هذا الركوع قبل ركوع الامام ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد وقد وجد فيجعل مبتديا لا بانيا عليه فصار كما
في الطرف الاول وهو ان يركع معه ويرفع راسه قبل الامام وهذا لان للركوع طرفين والشركة في احدهما كافية بخلاف ما لو رفع
راسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام لانه لم يوجد المشاركة في شي من الطرفين والله اعلم باب صلاة الفوايت
لما فرغ من بيان احكام الادا وما يتعلق به وهو الاصل شرع في بيان احكام القضا وهو الخلف عنه ومن فاتته صلاة او
فوتها عامدا اوجب عليه قضاها اذا ذكرها وقدمها علي فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوايت وفرض الوقت
مستحق عندنا وقال الشافعي رحمه الله هو مستحب فلا يجب عليه تقديم الفايتة علي الوقتية لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون
شرطا لغيره لان الشرط تبع وكان بين اصالته وتبعيته منافاة ونوقض بالايمان فانه اصل الفروض وهو شرط لسائر العبادات
والصوم فانه فرض مستقل وهو شرط الاعتكاف الواجب بالاتفاق واجيب بان الاصل ان الشي اذا كان مقصودا بنفسه لا يكون
شرطا لغيره لما ذكرنا من المنافاة الا اذا دل الدليل علي كونه شرطا لغيره فيجعل شرطا لمعرفتنا به مقصودا وما ذكرتم من ذلك
قال الله تعالي ومن يعمل من الصالحات وهو مومن فان الاحوال شروط وقال صلي الله عليه وسلم لا اعتكاف الا بالصوم
وكانا شرطين بهذين النصين ويدفع المنافاة باختلاف الجهة فقلنا ومن ذلك محل النزاع لحديث ابن عمر رضي الله عنهما
من نام عن صلاة فنسيها اولم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها وليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلي مع الامام
ودلالته علي الترتيب ظاهرة حيث امر باعادة ما هو فيها عند التذكر وفيه بحث من وجوه الاول انه متروك الظاهر لانه يدل علي وجوبه
وجوب الاعادة علي الامام والناس لا غير والوجوب ثابت علي من فوت الصلاة عمدا ايضا بالاجماع ومتروك الظاهر لا يكون
حجة لا سيما في افادة الفرضية لا يقال يدل علي ذلك بدلالته لانه لما وجب علي المعذور ففي غيره اولي لان ذلك انما يستقيم ان لو كان
قضا الفايتة عقوبة وليس كذلك بل هو رحمة ولا يلزم من استحقاق المعذور ذلك استحقاق غيره العاصي الثاني انه خبر واحد
لا يعارض المشهور فان الجواز ثابت به كالدلوك الشمس سبيلا فلو كان الترتيب فرضا بروايتكم بطل ما ثبت بالمشهور الثالث انكم عملتم
بهذا الحديث ولم تعملوا بخبر الفاتحة وهما خبرا واحد وهما قضا الرابع ان الترتيب يسقط بالنسيان وضيق الوقت ولو وقت
وكثرة الفوايت وشرايط الصلاة لا يسقط شي من ذلك كالطهارة واستقبال القبلة والجواب عن الاول ان قضا الصلاة
رحمة والنبي صلي الله عليه وسلم موصوف بالرافة بالمومنين ومن رافته ان يوجب علي المفرط ما يتدارك به تفريطه بطريق الاولي
وعن الثاني بانهما اطلقنا به العمل بالمشهور بل الكتاب عملا بالحديث للاحتياط وكان ذلك اهون من اهمال العمل بخبر الواحد
اصلا علي انهم قالوا انه ليس خبر واحد بل هو مشهور بلغته الامة بالقبول فانهم اجمعوا علي وجوب القضا والثابت به وعن الثالث
بان العمل بخبر الفاتحة علي وجه يلزم فساد الصلاة بتركها يوجب نسخ قوله تعالي فاقروا ما تيسر من القران وذلك لا يجوز كما تقدم بخلاف
صورة النزاع فان فيها العمل بالكتاب والخبر جميعا وذلك ان قوله تعالي اقم الصلاة لدلوك الشمس يدل علي ان هذا الوقت
وقت الظهر ولا يتعرض لتقدم الفايتة عليه لا بنفي ولا باثبات وخبر الترتيب يدل علي التقديم فعملنا بهما وعن الرابع بان
وقت النسيان ليس بوقت للفايتة لان وقتها وقت التذكر وهو ناس واما ضيق الوقت فلم يكن منافيا للحديث لان جعل قضا
الفايتة شرطا لجواز اداء الفرضية الوقتية انما هو ليدارك الفايتة وليس من الحكمة تداركها بتفويت مثلها فلم يكن شرطا عند ضيق
الوقت فلم يكن واما كثرة الفوايت فانها في معني ضيق الوقت لان الاشتغال بها مع كثرتها يفضي الي تفويت الوقتية
الثابتة

الثابتة بالكتاب بخبر الواحد وقد ظهر بما ذكرنا قوله ولو خاف فوت الوقت تعدم الوقتية ثم قوله ولو قدم الفايتة جاز اي جاز فعله
هذا وهو تقديم الفايتة لان النهي عن تقديمها لمعني في غيرها اراد النهي الذي يستفاد من الامر واوضح هذا المعني في المبسوط فقال لو
بدا بالفايتة اجزاه بخلاف الاول فان هناك هو مامور بالبداية بالفايتة ولو بدا بفرض الوقت لم يجزه لان النهي بالبداية بفرض الوقت
هناك في معني في عينها الا تري انه له ان يبدا بالتطوع لانعدام الموجب المنهي فمنع الجواز لان ادراة النهي عن البداية بالفايتة
ليس لمعني في عينها بل لما فيه من تفويت فرض الوقت الا تري انه ينهي عن الاشتغال بالتطوع ايضا لوجود ذلك المعني الموجب
للنهي والنهي متي ما لم يكن لمعني في عين المنهي عنه لا يمنع جوازه قال ولو فاتته صلوات رتبها في القضا هذه المسئلة بيان
ان الترتيب كما هو فرض بين الوقتي والفايتة فكذلك بين الفوايت نفسها فاذا فاتته صلوات رتبها في القضا كما وجبت
في الاصل لان النبي صلي الله عليه وسلم تشغل عن اربع صلوات يوم الخندق اي يوم حفره فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رايتموني
اصلي امر بالتشبه مطلقا والكامل منه ما يقع علي كله ولغته فدل ان الادا بوصف الترتيب شرط وانما لم يقل كما صليت
لسرو قوله الا ان يزيد الفوايت علي ست صلوات استثنا من قوله رتبها في القضا ومعناه الا ان يصير الفوايت
ستا واختلف الشارحون في تاويل كلامه لان ظاهره لا يفيد هذا المعني لاستدعايه ان يكون الفوايت تسعا لانه
ذكر الفوايت بلفظ الجمع والزيادة غير المزيد عليه والمزيد عليه ست فيصير المجموع تسعا فقال صاحب النهاية المراد من الصلوات
اوقاتها فانما فوت الصلاة الى به ليس بشرط بالاجماع ورد بانه يقتضي ان يريد الفوايت علي ست اوقات وذلك انما يكون
بفوت السابعة وليس بمراد وقيل اراد بالفوايت اوقات الفوايت بحذف المضاف ورد بانه يستدعي زيادة الاوقات
علي ست صلوات وذلك انما يكون بفوت وقت السابعة وليس بمراد وقيل اراد الاوقات ومعناه الا ان يزيد الاوقات علي
ست الاوقات صلوات ورد بما سلم وما تقدم عليه من الوجهين وهو ان الزيادة لابد وان يكون من جنس المزيد عليه
وذلك معدوم في هذه التاويلات كلها كما تري والحق ان يقدر مضاف وتقديره الا ان يزيد اوقات الفوايت علي
اوقات ست صلوات بحب دخول الاوقات دون خروجها وانما سقط الترتيب بين الفوايت لاجل كثرة الفوايت لان الكثرة
لما اوجبت سقوطه في اعمارها فلان يعتبر في نفسها اولي وقيل لعدم القايل بالفصل وحد الكثرة ظاهر مما ذكرنا الا ان قوله
لان الكثرة بالدخول في حد التكرار فيه كلام وهو ان الكثرة امر اضافي جاز اطلاقها علي ما هو زايد علي ما هو دونه فما وجه الدخول في حد التكرار
ويجوز ان يقال اصل ذلك الاجماع بالقضا وذلك لما ثبت ان عليا رضي الله عنه اغمي عليه اقل من يوم وليلة فقضي الصلوات وعمار
ابن ياسر قضي الصلاة يوما وليلة فقضاهن وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما اغمي عليه اكثر من يوم وليلة فلم يقضهن فدل علي ان
التكرار معتبر وقوله ولو اجتمعت الفوايت القديمة صورته رجل ترك صلاة شهر فسقها ومجانة ثم ندم علي ما صنع واشتغل
باداء الصلوات في مواقيتها فقبل ان يقضي تلك الفوايت ترك صلوات دون الست وصلي صلاة الحاضر وهو ذاكر لهذه المتروكة
الحديثة قال بعض المتاخرين من مشايخنا يجوز هذه الصلوات لكثرة الفوايت والاشتغال بالحديثة ليس باولي من الاشتغال
بتلك والاشتغال بفوت الوقتية عن وقتها قال في النهاية وعليه الفتوي وقال بعضهم لا يجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له عن
التهاون وان لا يصير المعصية وسيلة الي اليسر والتخفيف وقوله ولو قضي بعض الفوايت صورته ان يترك الرجل صلاة شهر
ثم يقضيها الا صلاة او صلاتين ثم صلي صلاة دخل وقتها هو ذكر لما بقي عليه هل يجوز الوقتية اولم يجز عن محمد فيه روايتان ومال
الي عدم الجواز الفقيه ابو جعفر واختاره بعض المشايخ والمصنف رحمه الله ومال الي الجواز ابو حفص الكبير واختاره من المشايخ
فخر الاسلام وشمس الايمة وصاحب المحيط وقاضي خان وغيرهم قال في النهاية وعليه الفتوي ووجهه ان الترتيب قد سقط بكثرة
الفوايت والساقط لا يعود كالنجس القليل دخل عليه الما الجاري حتي كثر وسال ثم عاد الي القلة لا يصير نجسا قال المصنف الاول
وهو الاظهر يعني دراية ورواية اما دراية فلان علة السقوط الكثرة المفضية الي الحرج ولم يبق فالعود الي القلة والحكم
ينتهي بانتهاء علته وكان كحق الحضانة اذا سقط بالتزوج ثم ارتفعت الزوجية فان الحق يعود واما رواية فلما روي عن محمد
فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل اي شرع يقضي من الغد مع كل وقتية فايتة فالفايتة جايزة علي كل حال يعني سوا قدمها
علي الوقتيات او اخرها عنها والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفايت في حد القلة لانه متي ادي صلاة من الوقتيات
صارت هي سادسة المتروكات الا انه لما قضي متروكه بعدها عادت المتروكات خمسا ثم لا يزال هكذا فلا يعود الي الجواز وان
اخرها اي اخر الوقتيات عن الفوايت فكذلك اي لا يجوز الوقتيات الا العشا الاخيرة فانها جايزة اما فساد ما وراء العشا الاخيرة
من الوقتيات فلانه كلما صلي فايتة عادت الفوايت اربعا فصارت الوقتية ضرورة واما جواز العشا الاخيرة فلما ذكره انه لا
فايتة عليه في ظنه حال ادايها والظن معتبر لا في فصل مجتهد فيه وقع معتبرا وان كان خطا والترتيب لا يوجبه الشافعي وكان ظنه
موافقا لرايه وصار كما اذا عفي احد من له القصاص وظن صاحبه ان عفو صاحبه غير موثر في حقه فقتل ذلك القاتل لا يقتص منه
ومعلوم ان هذا اصل بغير حق لكن لما كان ظنا ولا ومجتهدا في ذلك صار ذلك الظن مانعا وجوب القصاص كذا في المبسوط ونوقض
بما اذا صلي الظهر علي غير وضوء ناسيا ثم صلي الظهر علي وضوء ذاكرا للظهر وهو يحسب انه يجزيه فعليه ان يعيدهما جميعا وعلي قياس
ما ذكر ههنا انه لا فايتة عليه في ظنه حال ادايها كان ينبغي ان لا يجب عليه قضا العصر ثانيا لانه لما قضي الظهر فقد وقع في ظنه انه قضي

وجوبه

اعني عليهم

الي

جميع ما عليه ولم يبق عليه شيء من الفائتة والترتيب غير واجب على مذهب الشافعي رحمه الله وكان ظنه ههنا ايضا موافقا لمذهبه
كما ذكرتم واجيب بان فساد الصلاة بترك الطهارة فساد قوي مجمع عليه فظهر اثره فيما يؤدي بعده واما فسادها بسبب ترك الترتيب
فضعيف مختلف فيه فلا يتعدى حكمه الى صلاة اخرى قال ـــ ومن صلى العصر مسئلة الترتيب ولكن ذكرها تمهيد الاختلاف
المذكور بعدها ومن ضيق الوقت كلام لم يتكلم به فيما مضى فليتكلم به ههنا وهو ان الاعتبار في ضيق الوقت لاصل الوقت او للوقت
المستحب حكي عن الفقيه ابو جعفر الهندواني ان عند ابي يوسف الاعتبار باصل الوقت وعند محمد للوقت المستحب وعلى هذا فيما حنيفة وابي
نحن فيه من المسئلة ان امكنه اداء الظهر والعصر قبل تغير الشمس فعليه مراعاة الترتيب وان كان لا يمكنه اداء الصلاتين قبل غروب
الشمس سقط الترتيب قيل قضاء العصر وان امكنه اداء الظهر قبل تغيرها ويقع العصر او بعضها بعد تغيرها فعليه مراعاة الترتيب
عندهما خلافا لمحمد لان معنى الكراهة يسقط الترتيب لفوات اصل الوقت وان لم يمكنه اداء الظهر قبل تغيرها سقط
الترتيب لان اداء الشيء من الظهر بعد تغير الشمس لا يجوز بالاتفاق لان ذلك العصر عصر الوقت ووقت عصر اليوم ليس الا كاملا
واذا افسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلاة يعني تنقلب نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد يبطل والفا
تظهر ايضا فيما اذا قهقه قبل ان يخرج من الصلاة فانه تنتقض طهارته عندهما خلافا لمحمد لان التحريمة عقدت للفرض وهو
واضح وكل عقد لاجله التحريمة اذا بطلت التحريمة لان التحريمة وسيلة الى تحصيله واذا بطل المقصود بطل الوسيلة ولهما ان بطلت هي
التحريمة عقدت لاصل الصلاة موصوفا بوصف الفرضية وليس من ضرورة بطلان الاصل بطلان الوصف وفيه بحث من وجهين
الاول ان الوصف يجوز ان يكون محصلا لاصله وكان كالفصل المنوع فيبطل الاصل ببطلانه والثاني ان وصف الفرضية اما ان
يكون له مدخل فيما انعقدت التحريمة لاجله او لا لا سبيل الى الثاني لان وقت الصلاة ظرف لا بد من التمييز بوصف يحصل به
تعيين ما دام له فلو لم يكن له مدخل في ذلك لجاز الاداء بدون التعيين فلا يثبت تفريغ الذمة فتعين الاول وكان جزء الكل ينتفي بانتفاء
جزءه والجواب عن الاول ان الوصف لا يجوز ان يكون محصلا لان المحصل يجب تقديمه والوصف لا يتقدم على الموصوف وعن
الثاني بان للوصف مدخلا لما انعقدت له التحريمة لا من حيث تحصيله حتى يكون جزءا بل من حيث تمييزه مما يزاحمه في الوقت
واذا لم يكن جزءا لا يلزم من انتفائه انتفاء الكل ثم اذا افسد العصر فسدت فسادا موقوفا عند ابي حنيفة حتى لو صلى ست صلوات
ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وقالا فسادا دائما لا جواز له بحال لان سقوط الترتيب حكم الكثرة وكل ما هو حكم لعلة يثبت عقيبها
فسقوط الترتيب انما يكون فيما يقع من الصلوات بعد الكثرة لا فيما قبلها وهو القياس ولابي حنيفة رحمه الله ان الكثرة علة لسقوط
الترتيب وقد حصلت فيترتب عليها السقوط وهي كما جاز ان يكون علة كما سيأتي من الصلوات جاز ان يكون لكل واحدة من احادها
لا يقال كل واحدة من احادها جزؤها متقدمة عليها فكيف يكون معلولا لها لانها جزؤها من حيث الوجود ولا كلام فيه وانما الكلام
من حيث الجواز وذلك متأخر لانه لم يكن ثابتا لكل واحدة منها قبل الكثرة وهذا استحسان وهو معنى معقول وثبوت جواز الصلاة
وفسادها بطريق التبيين غير غريب في الشرع الا ترى ان من صلى المغرب بعرفات يتوقف فان افاض الى المزدلفة في وقت العشاء
ينقلب نفلا ويلزمه اعادتها مع العشاء في المزدلفة وان لم يفض اليها بل توجه من طريق اخرى الى مكة صحت وكذلك من صلى الظهر في
منزله يوم الجمعة فان سعى اليها قبل فراغ الامام انقلبت الظهر نفلا والا انقلبت فرضا وكذلك المعذورة اذا انقطع دمها دون
عادتها وصلت ثم عاودها تبين انها لم تكن صحيحة وان لم يعاودها كانت صحيحة قوله وقد عرف ذلك في موضعه يعني في كتاب الصلاة
قوله ولو صلى الفجر وهو ذاكر الظهر قوله ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن يعني ان الترتيب المستحق هو ما يكون
بين الفرائض لا غير قوله وعلى هذا اي وعلى هذا الاختلاف وهو ان الوتر واجب عنده سنة عندهما قوله
فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر لان الوتر اذا كان واجبا عنده صار كانه صلى فرضا بنسيان فرض اخر وعندهما يعيد
الوتر ايضا لان دخول وقته بعد اداء العشاء على وجه الصحة ولم يوجد وكان مصليا قبل وقته

باب سجود السهو

لما فرغ من ذكر القضاء شرع في بيان ما يكون جابرا للنقصان ما يقع فيها وهذه الاضافة اضافة الحكم الى السبب وهي الاصل
في الاضافات لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوه الاختصاص اختصاص المسبب بالسبب قوله يسجد للسهو ظاهر
قوله فتعارضت روايتا فعليه فبقي التمسك بقوله اعترض عليه بوجهين احدهما ان المعارضة بين الحجتين المصير الى
ما بعدهما وههنا صير الى ما قبلهما وهو القول لانه موجب دون الفعل والثاني انه يلزم الترجيح بكثرة الادلة وهو غير جائز واجيب
عن الاول بان ذلك انما يكون اذا لم يمكن الجمع بينهما واما اذا امكن فقد صير اليه وهو خلاف ما عليه اهل الاصول كلهم وعن الثاني
بانا لم نجعل القول مرجحا للفعل حتى لزم ذلك وانما جعلناه حجة بعد تعارض الفعلين وتهاترهما وقال مالك اعمال الفعلين
جميعا لا يكاد يصح فيحمل ما رواه الشافعي على ما اذا كان السهو بالنقصان وما رواه اصحابنا على ما اذا كان السهو بالزيادة
وهو محجوج بالقول فانه لا يفصل روى ثوبان رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لكل سهو سجدتان بعد السلام
قوله ولان سجود السهو لا يتكرر دليل معقول على اولوية التاخير وبيانه ان سجود السهو كان ينبغي ان لا يتأخر عن زمان تاخره
وجود العلة وهي السهو الا انه ضرورة ان لا يتكرر لانه اذا سجد زمان سهوه وامكن ان يسهو بعده فان سهى فاما ان يسجد
ثانيا او لا فان لم يسجد بقي نقص لازم لا جابر له وان سجد تكرر السجود وهو غير مشروع بالاجماع فيلزم التاخير وهذا المعنى الذي

اقتضى

اقتضى التاخير عن زمان العلة اقتضى التاخير عن السلام حتى لو سهى عن السلام بالقيام الى الخامسة لزم السجدة لتاخير السلام فيؤخر
عنه ليجبر النقصان به وهذا الخلاف بيننا وبين الشافعي في الاولوية واما لو اتى بها قبل السلام جاز عندنا ايضا في رواية
الاصول وروي انه لا يجزيه لانه اداه قبل وقته وجه رواية الاصول انه لو لم يجز للزمنا بالاعادة وتكرار السجود ولم يقل به احد
فلم يكن فعله على وجه قال به بعض العلماء اولى من ان يكون على وجه لم يقل به احد منهم قوله هو الصحيح احتراز عن اختيار فخر الاسلام
وشيخ الاسلام وصاحب الايضاح وهو ان يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه عند فخر الاسلام لان التحريمة بمعنى التحريم لا
التحليل يعني ان للسلام حكمين التحية للقوم والتحليل والاول ليس بمراد في هذا السلام لانه قاطع للاداء والتحليل لا يتكرر فلا
حاجة الى تكرار السلام واذا بطل معنى التحية لا ينحرف وجه الصحيح ما قاله المصنف رحمه الله صرف للسلام المذكور يعني في الحديث
المذكور الى ما هو المعهود في الصلاة وتنصيص الاسلام قابل التسليمة الواحدة الى البدعة قوله ويأتي بالصلاة على النبي
صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعوات انها في قعدة الصلاة او في قعدة السهو
فقال الطحاوي يأتي بها قبلها لان كل قعدة فيها سلام ففيها صلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وقال الكرخي في قعدة السهو
واختاره فخر الاسلام والمصنف وقال هو الصحيح لان الدعوات موضعها اخر الصلاة ومنهم من قال في المسئلة اختلاف
بين العلماء عند ابي حنيفة وابي يوسف في القعدة الاولى وعند محمد في الاخيرة بناء على اصل وهو ان سلام من عليه السهو يخرجه من الصلاة
عندهما وكانت القعدة الاولى قعدة الختم وعند محمد على خلافه وفيه نظر لان الاصل المذكور متعذر فلو كان هذه المسئلة
مبنية على ذلك لكان الصحيح مذهبهما قال ـــ ويلزمه السهو هذا البيان ما ذكر في اول الباب بقوله يسجد للسهو لزيادة او نقصان
فانه لم يعلم من ذلك انه اي زيادة ونقصان من وجه فتبين ههنا ان المراد زيادة فعل من جنس الصلاة ليس منها كما اذا اتى
بركوعين او بثلاث سجدات قوله يلزم السهو يدل على ان سجدة السهو واجبة قوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من اصحابنا
انه سنة قوله لانها تجب ظاهر قوله وانما وجب بالزيادة جواب عما يرد على قوله واذا كان واجبا لا يجب الا بترك
واجب او تأخيره فان لقائل ان يقول يجب بالزيادة ايضا ولا ترك ههنا ولا تأخير فقال الزيادة لا تعرى عن تأخير ركن او ترك
واجب قوله ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا بيان للنقص الموجب للسجدة وهو ظاهر وقيل المراد بالسنة المضافة الى جميع
الصلوات كالتشهد في القعدة الاولى قوله او ترك قراءة فاتحة الكتاب لبيان انها كما تجب لترك الافعال تجب لترك الاذكار واعلم ان سجدة السهو
عرفت بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وما نقل ذلك عنه الا في الافعال وكان القياس انها لا تجب في الاذكار لكنهم استحسنوا فيها
لانها شرعت جبرا للنقصان وثبت النقصان بتركها ايضا فلا بد من الجبر بالسجدة وعلى هذا اذا ترك الفاتحة او القنوت
في الوتر او التشهد في القعدة الاولى او الثانية او تكبيرات العيد تجب السجدة لانها واجبات لمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم
عليها من غير ترك وهي من امارات الوجوب وقد ذكرنا انها تجب لترك واجب ولانها تضاف الى جميع الصلاة فقال تكبيرات صلاة
العيد وقنوت الوتر وتشهد الصلاة فدل على انها من خصائص الصلاة لان الاضافة دليل الاختصاص والاختصاص انما
يكون بالوجوب لان الشيء بالشيء يقتضي وجوده معه والوجوب طريق للوجود والخاص يصح تخصيصه بمعنى المخصوص كالشريك
بمعنى المشارك قوله وكذا ذلك اي كل المذكور من القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما واجب وفيها سجدة واعترض بان اطلاق
الواجب على القعدة الاخيرة سهو لانها فريضة تفسد الصلاة بتركها واجيب بان المراد بتركها تأخيرها بالقيام الى الخامسة
فان في التاخير نوع ترك وتاخير الركن يوجب السجدة وفيه نظر لانه يمشي بان يكون المراد بالواجب الفرض والواجب
وبالترك التاخير والترك في ذلك جمع بين الحقيقة والمجاز في الموضعين وقيل يحمل كلامه على رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
انه قال تجوز صلاته اذا رفع رأسه من السجدة اي يتم صلاته بدون القعدة الاخيرة وقيل القعدة الاخيرة واجبة بحيث التكميل
اي عدم تأخيرها واجب فاذا فقد تركه هذا الواجب وفيه تمحل كما ترى قوله هو الصحيح احترازا عما قيل قراءة التشهد في
القعدة الاولى سنة وهو وجه القياس ووجه الصحة ما ذكرنا من المواظبة بلا ترك قوله لان الجهر في موضعه والمخافتة
في موضعها من الواجبات لان الجهر فيما يجهر بالقراءة على الامام واجب ليستمع القوم لقراءته لكونها اقيمت مقام قراءتهم لوجود
المقصود وهو الاستماع ولما قامت مقامها وجب ان يكون فرضا لكن لا بد من انحطاط مرتبة الفرع عن مرتبة الاصل وكان
واجبا والمخافتة انما كانت صيانة للقرآن عن لغو الكفار ولغطهم وصيانته عن ذلك واجبة وما لم يتوسل الى الواجب الا به كان
واجبا فان قيل روى قتادة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسمعنا الاية والايتين في الظهر والعصر فدل على
ان الاخفاء لم يكن واجبا وبه اخذ الشافعي رحمه الله اجيب بانه صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك تبيانا ان القراءة مشروعة فيهما
وعندنا لا تجب السجدة اذا تعمد ذلك قوله واختلفت الرواية في المقدار اي في مقدار ما يجب سجدة واخفاء السجدة وفي
ظاهر الرواية القليل والكثير سواء في وجوب السجدة ذكره شمس الائمة الحلواني وقاضي خان وروى ابن سماعة عن محمد انه اذا جهر باكثر
الفاتحة سجد لان اليسير من الجهر والاخفاء غير ممكن الاحتراز عنه فاعتبر اكثر الفاتحة ثم رجع وقال ان جهر مقدار ما تجوز به الصلاة
يجب والا فلا قال المصنف والاصح قدر ما تجوز به الصلاة في الفصلين اختيارا لهذه الرواية ووجه ما ذكره في الكتاب وهو
واضح وهذا اي وجوب السجدة في الفصلين انما هو واضح في حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة اي وجوبهما من خصائص

الجماعة فقيل اما ان وجوب الجهر من خصائص الجماعة فسلم لان المنفرد مخير بين الجهر والاخفا واما كون وجوب المخافتة من خصائصها فممنوع لان
المنفرد يجب عليه المخافتة فيجب السهو بتركها واجيب بان ذلك وجه رواية النوادر روى ابو مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في
المنفرد اذا جهر فيما يخافت ان عليه السجود لما ذكرنا واما على ظاهر الرواية فان المخافتة واجبة عليه لانها وجبت لنفي المغلطة وانما يحتاج
الى ذلك صلاة تودى على سبيل الشهرة والمنفرد لم يود لذلك فلم يكن المخافتة واجبة عليه قال وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود
اذا سها الامام وجب السجود على المؤتم وجوبه على الامام لان السبب الموجب للسجود في حق الاصل وهو الامام تقرر في حق المأموم ايضا
بالتزامه المتابعة فان الصحة والفساد والاقامة لما تعدت من صلاة الامام الى صلاته حتى لو نوى الامام الاقامة في وسط الصلاة صارت
صلاتهم اربعا بالتزام المتابعة فلذلك النقصان وما يجبره فان لم يسجد الامام لا يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا للامام وما التزم الا الاداء معه
وبين المخالفة والمتابعة منافاة فاذا تحقق احد المتنافيين انتفى الاخر واعترض على التعليل المذكور بمخالفات في الكتاب يجوز
وقوعها من المؤتم ما اذا لم يرفع الامام يديه عند الافتتاح فان القوم يرفع واذا لم يثن الامام فالمأموم يثني واذا ترك الامام تكبير المأموم
الركوع وتسبيحه وتسميعه وتكبيرة الانحطاط وقراءة التشهد والتسليم وتكبير التشريق فان المأموم يفعل ذلك كله وبان المخالفة
بعد فراغ الامام ليست بقادحة للاتفاق بان المسبوق يقضي ما فاته بعد فراغ الامام والمقيم اذا اقتدى بالمسافر يتم ركعتين والجواب
عن الاول ان الكلام فيما لزم بشيء باشره الامام وتعدى الى المؤتم وما ذكرتم ليس كذلك بل انها تثبت على المقتدي ابتدا كما ثبتت على الامام
وعن الثاني بان هذه المخالفة جوزت ضرورة اتمام الفرض فلا يتعدى الى ما ليس كذلك لانه ليس في معناه وان سها المؤتم لا يجب على الامام
السجود لانه صلاته ليست بمبنية على صلاة المأموم فرادا ولا نقصانا فلا يجب نقصان صلاته بنقص صلاة المأموم واذا لم يجب
على الامام لم يجب على المأموم لانه لو وجب فاما ان يسجد وحده وفيه مخالفة امامه فيما ليس من اتمام الفرض وهو لا يجوز واما ان يسجد معه
امامه وفيه قلب الموضوع فان قلت اما ذكرت انفا ان المخالفة انما لا تجوز فيما لزم بشيء باشره الامام وتعدى الى المؤتم وههنا ليس كذلك
بل المخالفة انما كانت لامر باشره المؤتم فينبغي ان يجوز فالجواب انا قلنا ان المخالفة فيما لزم بشيء باشره الامام لم يجز ولم نقل ان
شيئا باشره بنفسه جازت المخالفة والذي يحسم هذه المادة ان المخالفة ان كانت لاتمام الفرض بعد فراغ الامام جازت بنص قوله
عليه السلام وما فاتكم فاقضوا وقوله عليه السلام اتموا صلاتكم فانا قوم سفر وان كانت لغيره فان كانت فيما يثبت ابتدا
كالمسائل التسع الذي تقدمت جازت لانها كلا مخالفة حيث لم يتعلق بالاقتدا وان كانت فيما لزم بما باشره احدهما كالتي نحن فيها
لم يجز لان ادايها الى قطع الشركة المنافي لموضوع الامامة قال ومن سهى عن القعدة الاولى من الرباعية والثلاثية ثم تذكر فلما الفرائض
يخلو اما ان يكون الى القعود اقرب بان لم يرفع ركبتيه اولى القيام بان رفعهما فان كان للاول عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء
يأخذ حكمه كفنا المصر له حكم المصر في حق صلاة الجمعة والعيدين واختلف في وجوب السجدة فقيل يسجد لانه اخر واجبا بقدر ما اشتغل
بالقيام وقيل لا يسجد وهو الاصح بناء على ان ما يقرب من الشيء يأخذ حكمه فصار كما اذا لم يقم وان كان الثاني لم يعد لانه كالقائم معنى لما
ذكرنا من الاصل ولو قام ما جاز له العود لانه يلزم ترك الفرض وهو القيام لاجل الواجب الذي هو القعدة الاولى ولا يلزم سجدة التلاوة
فانه يترك الفرض لاجلها وهي واجبة لان ذلك ثبت بالنص على خلاف القياس وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة كانوا
يسجدون ويتركون القيام لاجلها ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قام الى الثالثة قبل
ان يقعد فسبحوا له فعاد وروي انه لم يعد وسبح لهم فقاموا ووجه التوفيق انه عاد حين لم يستتم قائما ولم يعد بعد ما تم قائما
وان سهى عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة في الرباعية والرابعة في الثلاثية والثالثة في الثنائية فلا يخلو من ان يكون
بعد ما قعد على الرابعة اولا يكون فان لم يكن فاما ان يقيد الخامسة بالسجدة اولا فان كان الثاني رجع الى القعدة لان اصلاح الصلاة
به ممكن وكل ما كان كذلك وجب عمله احترازا عن البطلان وانما قلنا انه ممكن لان ما دون الركعة بمحل الرفض لكونه ليس محلا كاملا
له حكم ولهذا اذا حلف لا يصلي لا يحنث بما دون الركعة والغي الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبله اي قبل ما فعل وهو الخامسة
وفي بعض النسخ قبلها وهو واضح وكل ما رجع من فعل من افعال الصلاة الى شيء محله قبله يرفض ذلك الفعل المرجوع عنه كما اذا قعد
قدر التشهد ثم تذكر السجدة الصلاتية او التلاوية فسجد لها ارتفعت القعدة لان محلها قبل القعدة الاخيرة وسجد للسهو لانه اخر
واجبا وهو اصابة لفظة السلام وقيل واجبا قطعيا وهو القعدة الاخيرة وان كان الاول بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله لانه روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر خمسا ولم ينقل انه قعد في الرابعة ولانه اعاد صلاته ولنا انه استحكم
شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة لانه اتى بما هو صلاة اذ هي حقيقة لا اسم الا على الاركان لانه حكم الشرع بوجود
واوجب الحنث على من حلف لا يصلي فصلى ركعة وكلما استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة خرج عن الفرض
للمنافاة بين الفرض والنفل وقد تحقق احد المتنافيين فينتفي الاخر ضرورة ولقائل ان يقول لا نسلم انه بوجود الركعة الواحدة
بعد اربع من المكتوبة استحكم الشروع في النفل ثم لا يمنع ما سبق من كون المكتوبة على الاستحكام سلمناه ولكن ما سبق من كونه
الفرض اذا لم يكن اشد استحكاما لكونه كثيرا وفرضا فلا اقل من ان يساويه ولا يكون بطلان الفرض اولى من بطلان النفل والجواب عن
الاول ان الاستحكام انما يكون بالوجود في الخارج وقد تحقق وجوده فيه ولو كان ما ذكرتم مانعا لما تحقق وعن الثاني بان المراد ببطلان
الفرض بطلان وصف الفرضية وتحوله نفلا لا بطلان اصل الصلاة ووصفها وفي ابطال النفل ذلك فكان الاول اولى وتاويلها

الحديث

الحديث انه عليه السلام كان قعد قعدة التشهد في الرابعة بدليل قول الراوي صلى الظهر خمسا والظهر اسم لجميع اركان الصلاة
ومنها القعدة وانما قام الى الخامسة على ظن انها الثالثة حملا لفعله عليه السلام على ما هو اقرب الى الصواب وقوله على ما مر اشارة
الى ما ذكره في باب قضا الفوايت من الاختلاف بينهم قوله فيضم اليها ركعة سادسة يعني عندهما وهل يجب عليه سجدة
السهو لم يذكره واختلفوا فيه والاصح انه لم يسجد لان النقصان بالفساد لا يجبر بالسجدة ولو لم يضم لا شي عليه لانه مظنون
والمظنون غير مضمون ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل لكون السجود حقيقة في وضع الجبهة
وعند محمد برفعه لانه تمام الشيء باخره وهو الرفع ولم يصح الرفع مع الحدث فلم يتم السجود وثمرة الاختلاف تظهر فيما سبقه
الحدث في هذا السجود فذهب يتوضأ ثم تذكر انه لم يقعد في الرابعة عند محمد يتوضأ ويعود الى القعدة ويبني على صلاته باتيانها
بالتشهد والسلام وعند ابي يوسف لا يبني لان صلاته قد فسدت بوضع الجبهة ولا سبيل الى اصلاحها الا بالسلام المخرج
للفتوى قول محمد لانه اوفق واقيس لان السجود لو تم قبل الرفع وجعل دوامه لتكراره لم ينقضه الحدث يعني بالاتفاق لان
الحدث ينقض كل ركن وجد فيه الحدث ولو تم السجود بالوضع لما احتيج الى اعادته كما لو وجد الحدث بعد الرفع وان كان قعد
على الرابعة فلا يخلو اما ان يقيد الخامسة بالسجدة اولى فان كان الثاني فحكمه حكم ما اذا لم يقعد عليها وان كان الاول ثم تذكر
ثم ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة فرض لفظ السلام وتركها لا يفسد الصلاة لانها واجبة وقوله وان يضم اليها
ظاهر ولم يذكر ان الضم واجب او مستحب او جايز ولفظ الاصل يدل على الايجاب فانه قال فعليه ان يضيف وحكمه على
الايجاب وقوله هو الصحيح احترازا عن قول بعضهم انهما يكونان عن سنة الظهر ووجه الصحيح ان السنة عبارة عن طريقة
النبي صلى الله عليه وسلم وهو كان يتطوع في الظهر بتحريمة مبتداة قصدا وقوله ويسجد للسهو استحسانا يعني
ان القياس ان لا يسجد لان هذا السهو وقع في الفرض وقد انتقل منه الى النفل ومن سهى في صلاته لا يجب عليه ان يسجد في
صلاة اخرى وجه الاستحسان ان النقصان قد تمكن بالفرض على الخروج منه لا على وجه المسنون وهو الخروج باصابة لفظ السلام وهذا
مذهب محمد رحمه الله وفي النفل بالدخول لا على وجه المسنون وهو الشروع فيه بتحريمة مبتداة وهو مذهب ابي يوسف رحمه الله وكل واحد
منهما يوجب السجدة فانما قدم قول محمد لانه المختار للفتوى لان من قام من الفرض الى النفل من غير تسليم ولا تكبير عمدا لم يعد ذلك نقصا
في النفل لانه احد وجهي الشروع في النفل وانما هو نقص في الفرض ولما كان النفل بناء على التحريمة الاولى جعل في حق وجوب سجدة
السهو كانها صلاة واحدة لكون التحريمة واحدة ولو قطعها لم يلزمه القضا لانه مظنون خلافا لزفر فانه يقول عليه قضا ركعتين
لانه شرع عنده في نفل لازم ولنا انه تبين انه لم يكن عليه فلما شرع على انه مسقط لا ملزم ثم تبين انه لم يكن عليه سقط اصلا ليلا يلزم
الزام ما لم يلتزم ولو اقتدى به انسان فيهما لزمه عند محمد ست ركعات ان اقتدى في الخامسة يأتي بعد الامام باربع ركعات
وان اقتدى به في السادسة يأتي بعده بخمس ركعات يصلي ركعة ويقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد لانه لما شرع في تحريمة الامام
لزمه ما ادى بها الامام وقد ادى ستا وعندهما لزمه ركعتان لانه استحكم خروجه عن الفرض فلا يلزمه غير هذا الشفع ولو افسد
المقتدي لا قضا عليه عند محمد اعتبارا بما اذا افسده الامام فان حال المأموم لا يكون اقوى حالا من الامام والا لزم زيادة الفرع
على الاصل وعند ابي يوسف يقضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام تقديره ان المقتضي للوجوب وهو الشروع من المخاطب
بالنهي عن الابطال قائم في حق الامام فكذا في حق المأموم لبنا صلاته على صلاة الامام وحينئذ يجب القضا عليهما جميعا عملا
بالمقتضي الا انه سقط عن الامام بعارض يخصه وهو شروعه في النفل لا عن قصد التطوع وما يختص به لا يتعدى الى غيره وعلى
هذا لا يلزم بنا القوي على الضعيف لان صلاة الامام ايضا بالنظر الى وجود المقتضي قوي وفرق ابو يوسف بين هذه وبين
ما اذا لم يقعد على الرابعة بان هناك بطل فرضه وكان الاحرام في الابتدا منعقدا للست ركعات فاذا اقتدى به ان لزمه
موجب تلك التحريمة واما ههنا فقد تم فرضه لما ذكرنا وشرع في النفل والمقتدي به اقتدى به في النفل فلا يلزمه غيره
ركعتين واي اصل ان هناك صلاة واحدة فلم الجمع وههنا صلاتين فلزم الاخر قيل كان من حق الكلام وعند ابي حنيفة وابي
يوسف بدليل ما تقدم في قوله وعندهما ركعتين وبدليل ما ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان وعندهما يقضي ركعتين وليس بواضح
لانه ذكر في النوادر الاختلاف على ما وقع في الكتاب فلعل المصنف وقف على صحة ذلك فنقله ولا يلزم من كونهما متفقين في مسئلة
اتفاقهما في مسئلة اخرى فانهما مستفادان قال ومن صلى ركعتين تطوعا الاصل ان وقوع سجدتي السهو بين شفعي الصلاة غير مشروع
ثم اما ان يكون الشفعان في صلاة التطوع او الفرض فان كان الاول كما اذا صلى ركعتين تطوعا فسهى فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي
اخريين وفي بعض النسخ اخراوين وليس له ذلك لانه يبطل السجدة بلا ضرورة لان ما اداه صح بدون ما يبني فلا ضرورة في البنا
بل فيه احراز فضيلة الدوام وفيه نقض الواجب والاحتراز عن نقض الواجب اولى ومع هذا لو بنى صح لبقاء التحريمة قال شيخ
الاسلام وان بنى على ذلك ينبغي ان يعيد سجدتي السهو لانه لما بنى حصلت السجدتان في وسط الصلاة فلا يعتد بهما فكان عليه
الاعادة وان كان الثاني كما اذا سجد المسافر للسهو ثم نوى الاقامة فله ذلك لانه لو لم يبن وقد لزم الاتيان بتمام بنية الاقامة بطلت صلاته
وفي البنا نقض للواجب ونقض الواجب ادنى فيتحمل دفعا للاعلى قال ومن سلم وعليه سجدتا السهو اصل هذه المسئلة والحوالة
ان سلام من عليه سجدتا السهو لا يخرجه عن حرمة الصلاة عند محمد وهو قول زفر رحمه الله لا خروجا موقوفا ولا باتا وعندهما يخرجه خروجا موقوفا من عليه

علي معني انه ان سجد بعد السلام حكمنا ببقا التحريمة والا فلا لمحمد ان السجدة وجبت جبر النقصان يكمل في المودي بالاتفاق والجبر
انما يتحقق اذا كان المجبور قايا وفيمه ببقا التحريمة فيحكم ببقايها تحصيلا للعوض المطلوب ولهما ان السلام محلل في نفسه بالنص
والاجماع وانه لا يعمل ضرورة الحاجة الي ادا السجدة ولا ضرورة اذا لم يسجد فيعمل عمله لتحقق المقتضي وزوال المانع وهذا اشار الي
تخصيص العلة كما تري والمخلص معلوم لا يقال اذا كان بقا التحريمة ضرورة ادا السجدة ينبغي ان لا يتعدي الي جواز الاقتدا الا
بتشكيك في المجمع عليه فلا يكون مسموعا واذا عرف هذا الاصل يجري عليه الفروع منها مسئلة الكتاب فان عند محمد الاقتدا صحيح
علي سبيل الثبات وعندهما علي سبيل التوقف ومنها انتقاض الطهارة بالقهقهة يتحقق لبقا التحريمة حلا فا لهما ومنها
تغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة عنده يتغير لكونه في حرمة الصلاة كما لو نوي قبل السلام وعندهما لا يتغير لانه لم يكن
في حرمة الصلاة فان قيل اذا كان الخروج موقوفا كان خارجا من وجه دون وجه بل لانه الخروج من كل وجه وذلك يستدعي
ان يكون حكم هذه المسايل عندهما كحكمها عنده لحتيا طا اجيب بانه ليس معناه الخروج من وجه دون وجه بل معناه الخروج من كل
وجه لكن بعرضيه كما سيذكر قال ومن سلم يريد به قطع الصلاة يعني في عزمه ان لا يسجد للسهو فعليه ان يسجد للسهو
في مجلسه قبل ان يقوم او يتكلم وفي رواية قبل ان يتكلم او يخرج من المسجد وهذه تفيد ان الانحراف عن القبلة في المسجد غير مانع للسجود
قال لان هذا السلام اي سلام من عليه السهو غير قاطع اي بالاتفاق اما عند محمد فلا يشرع محللا واما عندهما لانه محلل علي
سبيل التوقف لا علي سبيل الثبات وكل ما لم يشرع قاطعا لا يقطع الصلاة فدل علي ان القطع لا يحصل بالسلام فعنت بنيته
وهي لا تصلح للقطع ايضا لانه لما ثبت ان السلام غير قاطع شرعا فجعله قاطعا بالنية تغيير المشروع وهو لا يتغير بالعقد والعزايم
واعترض بوجهين احدهما ان السلام وحده مخرج عن حرمة الصلاة عندهما فكيف لا يكون مخرجا مع نية القطع وهل هذا الا تناقض
فان غاية ما في الباب ان لا تكون النية معتبرة فاما السلام وحده موجود وكان ينبغي ان السلام مخرج السلام غير مخرج والثاني
ان نية الاشتغال بغير افضل المشروعات ومع ذلك اذا نواه غيرا في الحال والجواب عن الاول ان سلام من عليه السهو مخرج
عن احرام الصلاة لكن علي عرضية العود اليه بالسجود من غير تفرقة بين ان ينوي العود او ينوي عدم العود او لم ينو شيا لا معتبر
للنية والمسئلة الاولي كانت لبيان الاطلاق وهذه لبيان التقييد ولا تناقض في ذلك وعن الثاني بان كلامنا ان الشرع جعل
كلام الناس غير قاطع وهو يريد ان يجعله قاطعا بعقده وعزيمته وليس له ذلك لانه تغيير للمشروع وليس من قصد من ينوي الكفارة
ان يجعل الايمان المشروع غير مشروع بقصده وعزيمته فليس مما نحن فيه فتامله يغنيك عن طول في الكتب قال ومن شك في صلاته
ومن شك في كمية من صلي فلم يدر اثلاثا صلي ام اربعا اما ان يكون اول ما عرض له الشك او لا فان كان الاول استانف الصلاة واختلفوا في معني
قوله اول ما عرض له فقال صاحب الاجناس معناه اول ما سها في عمره وقال شمس الايمة السرخسي معناه ان السهو ليس بعادة
له لا انه لم يسه قط وقال فخر الاسلام اي في هذه الصلاة وهو مراد بيان وان كان الثاني وهو ان يعرض له الشك كثيرا فلا يخلو اما ان
يكون له راي اولا فان كان بني عليه وان لم يكن بني علي الاقل وهذا لانه روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال اذا شك احدكم انه
كم صلي فليستقبل الصلاة وروي انه عليه السلام انه قال من شك في صلاته فليتحر الصواب وروي انه عليه السلام قال
من شك في صلاته فلم يدر اثلاثا صلي ام اربعا بني علي الاقل ومعلوم ان التوفيق لا بد منه بين الادلة مهما امكن وقد امكن بحمل
الصلاة منها علي صورة من الصور المذكورة فيحمل الحديث الاول علي الصورة الاولي لان فيه الامر بالاستقبال وذلك يناسب
الصورة الاولي لعدم التكرار المفضي الي الحرج بتكرار الاستقبال ويحمل الثاني علي الثانية لان فيه الامر علي التحري والذي
هو طلب الاحري والاحري ما يكون اكبر رايه عليه وتعين الثالث للثالثة فينتقض الشك والامر بالبنا علي الاقل قال والاستقبال
بالسلام اولي يتعلق باولي الصور يعني اذا استانف والاستيناف بالسلام اولي لا بالكلام او بمجرد النية لانه اي السلام عرف محللا
دون الكلام ومجرد النية لغو ما لم يتصل بالعمل القاطع قال وعند البنا علي الاقل يتعلق باجراه وبيان ذلك اذا شك
اذا وقع في ذات الاربع انها اولي او الثانية عملا بالتحري فان لم يقع تحريه علي شي يبني علي الاقل فيجعلها اولي ثم يقعد لجواز
ان تكون ثانيتها والقعدة فيها واجبة ثم يقوم ويصلي ركعة اخري ويقعد لاحتمال انها رابعة والقعدة فيها فرض وفرعوا
الثلاث علي هذا القياس وان وقع الشك بعد الفراغ من التشهد او بعد السلام حمل علي انه اتم الصلاة حاملا لامره علي الصلاح
وهو الخروج منها علي وجه التمام باب صلاة المريض ذكر صلاة المريض عقيب سجود السهو لانهما من العوارض
السماوية والاول اعم موقعا لانه يتناول صلاة المريض والصحيح وكانت الحاجة الي بيانه امس فقدمه اذا عجز المريض بان لحقه
بالقيام ضرر صلي قاعدا يركع ويسجد لقوله صلي الله عليه وسلم لعمران بن الحصين رضي الله عنهما صل قايما فان لم تستطع فقاعدا
فان لم تستطع فعلي الجنب تومي ايما واذا كان قادرا علي بعض القيام دون تمامه قال ابو جعفر يومر بان يقوم مقدار ما يقدر
فاذا عجز قعد لان الطاعة بحسب الطاقة وان قدر علي القيام متكيا قال شمس الايمة الحلواني الصحيح انه يصلي قايما متكيا
ولا يجزيه غير ذلك وكذلك لو قدر ان يعتمد علي عصاه او كان له خادم لو اتكا عليه قدر علي القيام فان لم يستطع الركوع والسجود اومي
اي يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه اي الايما قايم مقام الركوع والسجود فاخذ حكمهما ولا يرفع
الي وجهه شيا يركع عليه لقوله عليه السلام ان قدرت ان تسجد علي الارض فاسجد والا فاوم براسك فان فعل ذلك فان كان يخفض

راسه

راسه للركوع والسجود اومي فان خفض جاز لوجود الايما والا فلا لعدمه فان لم يستطع القعود استلقي علي ظهره وجعل وسادة تحت راسه
حتي يكون شبه القاعد ليتمكن من الايما بالركوع والسجود اذ حقيقة الاستلقا تمنع الاصحا عن الايما فكيف بالمرضي لقوله صلي الله عليه وسلم
يصلي المريض الحديث واختلف في قوله عليه السلام فالله تعالي احق بقبول العذر منه فمن لم يقل بسقوط الفرض عنه عند عدم
القدرة علي الايما قال احق بقبول عذر التاخير دون الاسقاط ومن قال بسقوطه عنده لذلك قال احق بقبول عذر الاسقاط وهو
الاصح قوله لما روينا من قبل اي من حديث عمران بن الحصين الا ان الاولي اي الرواية الاولي او اللبث او القعدة الاولي
هي الاولي عندنا لانه لما تعارض حديث عمران بن الحصين وحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما والحالة هذه جاز العمل
بكل منهما الا ان ما ذكرنا اولي لان المعقول معه فان اشارة المستلقي تقع الي سوا الكعبة واشارة المضطجع علي جنبه
الي جانب قدميه وبه اي وبوقوع الاشارة الي سوا الكعبة تتادي الصلاة فان عجز عن الايما براسه اخر عنه وقوله لما روينا من قبل
اشارة الي قوله عليه السلام ان قدرت ان تسجد علي الارض فاسجد والا فاوم براسك اقتصر علي الراس في موضع البيان
ولو جاز غيره لعممه قال ولا يومي بعينيه ولا بقلبه ولا بحاجبيه لان نصب الابدال بالراي بل بالقياس
علي الراس قال هو الصحيح احتراز عن قول من يقول الصحيح انه يسقط عنه الصلاة اذا كان العجز اكثر من يوم
وليلة وهو اختيار فخر الاسلام وشيخ الاسلام وقاضي خان وغيرهم رحمهم الله قال في فتاوي قاضي خان والاول اصح لان
مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب قال وان قدر علي القيام ولم يقدر علي الركوع والسجود وقال زفر والشافعي رحمهم الله اذا
قدر علي القيام دون الركوع والسجود لم يسقط عنه القيام لان القيام ركن فلا يسقط عنه بالعجز عن ادراك ركن اخر ولنا ان
ركنية القيام للتوسل به الي السجدة فلا تبدو بدونها غير مشروع عبادة بخلاف العكس فاذا كان لا يتعقبه لا يكون ركنا فيتخير والافضل
هو الايما قاعدا لانه اشبه بالسجود فان عند الايما قاعدا يصير راسه اقرب الي الارض من الايما قايما فان قيل هذا تعليل علي
مخالفة النص لان حديث عمران بن الحصين يدل علي ان المصير الي القعود انما هو عند العجز عن القيام والمفروض خلافه اجيب
بانه محمول علي ما اذا كان قادرا علي الركوع والسجود حالة القيام بدليل انه ذكر الايما في حالة ما يصلي علي الجنب فدل علي ان المراد بخلافه
القيام القدرة علي الاركان قوله وان صلي بعض صلاته قايما ظاهر قوله بناء علي اختلافهم في الاقتدا بعضهم ان كل فصل جوز فيه
الاقتدا جوز فيه البنا في الصلاة علي اوله هاهنا ومالا فلا ثم عند محمد لا يقتدي القايم بالقاعد فكذا لا يبني في حق نفسه وعندهما القايم
يقتدي بالقاعد فكذا في حق نفسه ونوقض بما اذا افتتح الصحيح التطوع قاعدا وادي بعض صلاته قاعدا ثم بدا له ان يقوم
فقام وصلي الباقي قايما اجزاه بالاجماع وهذا الاصل المذكور يقتضي ان لا يجوز علي قول محمد واجيب بان تحريمة المريض لم تنعقد
للقيام لعدم القدرة عليه وقت الشروع في الصلاة فلم يبن علي ما انعقدت له تحريمته واما تحريمة التطوع فقد انعقدت للقيام
ايضا لقدرته عليه عنده فجاز بناوه عليه لكونه متنا وله تحريمته قوله استانف عندهم جميعا يعني العلماء الثلاثة فان زفر فيه
خلاف علي ما مر من اصله اجواز اقتدا الراكع بالمومي قوله فان افتتح التطوع قايما ثم اعيي اي تعب لا باس بان يتوكا
اي سل يعني انه من شرع في النفل ثم اتكا فلا يخلو اما ان يكون بعذر او بغيره فان كان بعذر كالاعيا لا باس به وان كان بغير عذر
فقد اختلف المشايخ فيه فقيل يكره لانه اساة في الادب الا تري انه لم يخير المتطوع في الابتدا بينه وبين القيام كما خير بين القيام
والقعود وقيل لا يكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لو قعد جاز عنده ويكره مع كون القعود منافيا للقيام فالاتكا الذي لا ينافيه
يجوز ولا يكره ويكره عندهما لان القعود لا يكره عندهما فيكون الاتكا الذي فوقه جايزا مكروها قوله وان قعد يعني بعد ما افتتح
قايما بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلاة عنده وعندهما لا تجوز وفي كلامه تسامح لان ما لا يجوز لا يوصف بالكراهة
وقد قال يكره بالاتفاق واجاب الامام حميد الدين الضرير بان المراد من هذا انه لو صلي ركعة قايما ثم قعد في الثانية
لتعذر الاعيا به ثم قام واتم الثانية قايما فان هذه الصورة جايزة مع صفة الكراهة وفيه نظر لان قعوده اذا كان
للاعيا به فذلك قعود بعذر والكلام ليس فيه بل يجب ان لا يكون مكروها وكذا ان ترك ذكر الاعيا والمسئلة كما قال
بعض الشارحين علي تقدير ان يثبت بالنقل ان ذلك مكروه بالاتفاق لا يجوز اطلاقه علي ما لا يجوز وهو اول المسئلة ولذلك
قوله بالاتفاق يخالف قوله قبيل هذا ولو قعد يجوز عنده من غير عذر من ذكر كراهة وكذا يخالف الاطلاق ما ذكره من في باب
النوافل ويجوز ان يقال ذكر في مبسوط فخر الاسلام وجامع ابي المعين انه لو قعد في النفل لا يكره عنده في الصحيح لان الابتدا
علي هذا الوجه مشروع بلا كراهة فالبقا اولي لان حكم البقا اسهل من حكم الابتدا فقوله الكل في الصحيح يدل علي ان ثمه غير صحيح
فالاطلاق هاهنا وفي باب النوافل يكون علي الصحيح وقوله يكره بالاتفاق علي غير الصحيح ولعل قوله بالاتفاق وقع سهوا من
الكاتب قال ومن صلي في السفينة قاعدا المصلي في السفينة اما ان يكون عاجزا عن القيام والا فان كان عاجزا جاز ان
يصلي بالاتفاق وان لم يكن فاما ان تكون السفينة سايرة او راسية فان كانت راسية لم تجز الصلاة قاعدا بالاتفاق وان كانت
سايرة جاز عند ابي حنيفة والقيام افضل وقالا لا يجوز وهو القياس لان القيام مقدور عليه لا يترك وله وهو وجه الاستحسان
ان الغالب من حال راكب السفينة دوران الراس عند القيام والغالب كالمتحقق الا تري ان نوم المضطجع جعل حدثا
لان الغالب من حاله ان يخرج منه شي لزوال الاستمساك الا ان القيام افضل لبعده عن الشبهة الخلاف وينبغي ان يتوجه

الى القبلة كيف ما دارت السفينة سواء كانت عند الافتتاح او في خلال الصلاة لان التوجه فرض عند القدرة وهذا قادر
والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن للقلب والخلاف في غير المربوطة على ما بينا انفا انها اذا كانت واجبة لم يجزه القعود بالاتفاق
وهو المراد بقوله والمربوطة كالشط و قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم لانه ايضا على الخلاف و الموبوقة بالبحر في لجة
وهي تضطرب بقيل بحيث وجهين والاصح ان الذي ان كانت تحركها تحريكا شديدا فهي كالسايرة والا فهي الراسية ومن اغمي عليه
خمس صلوات او دونها قضى وان زاد على ذلك لم يقض والقياس ان لا يكون عليه القضا اذا استوعب الاغماء وقت صلاة كاملة
وهو قول الشافعي لتحقق العجز فاشبه الجنون ووجه الاستحسان ما روي ان عليا اغمي عليه اربع صلوات فقضاهن وعبد الله
ابن عمر اغمي عليه في ثلاثة ايام فلم يقض شيئا والفقه فيه ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيحرج في الادا واذا قصرت قلت فلا
يحرج والكثير ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار و قوله والجنون كالاغماء وهو احتراز عن قياس الاغماء على الجنون على زعم
الجنون اذا استغرق وقتا كاملا اسقط القضا ووجهه انه كالاغماء ان كان اكثر من يوم وليلة سقط القضا والا فلا كذا ذكره
ابو سليمان وقد نص عليه في نوادر الصلاة و قوله بخلاف النوم متعلق بقوله وان كان اكثر من ذلك لم يقض معنى ان النوم
وان كان على يوم وليلة لا يسقط القضا لان امتداده على هذا الحد نادر لا عبرة به فالحق بالقاصر و قوله ثم الزيادة تعتبر من
حيث الاوقات قال ابو جعفر الزيادة تعتبر عند ابي يوسف من حيث الساعات اكثر من يوم وليلة وانما يظهر ثمرة الخلاف فيما
اذا اغمي عليه عند الضحوة ثم افاق من الغد قبل الزوال بساعة فهذا اكثر من يوم وليلة من حيث الساعات فلا قضا عليه في قول
ابي يوسف وعلى قول محمد يجب عليه القضا لان الصلوات لم يزد على خمس والمذكور في الكتاب من كون الاختلاف بين ابي حنيفة
وابي يوسف وبين محمد هو المذكور في اصول فخر الاسلام واصول شيخ الاسلام لمحمد ان التكرار يتحقق اي بفوات ست صلوات
وهو المفضي الى الحرج المسقط للقضا فيكون الاعتبار به و قوله وهو المأثور عن علي وابن عمر اي الاعتبار من حيث الساعات
هو المأثور باب سجود التلاوة كان من حق هذا الباب ان يقترن بسجود السهو لان كلا منهما سجدة لكن لما كان صلاة المريض
بعارض سماوي كالسهو الحقها المناسبة بها فتاخر سجود التلاوة ضرورة وهو من قبيل اضافة الحكم الى سببه فان قيل كان الواجب
ان يقول سجود التلاوة والسماع لان السماع سبب كالتلاوة اجيب بان التلاوة لما كانت سببا للسماع ايضا كان ذكرها مشتملا
على السماع من وجه فاكتفى به وشرطها الطهارة عن الحدث والخبث واستقبال القبلة وستر العورة وركنها وضع الجبهة على الارض
وصفتها الوجوب عندنا ومواضعها ما ذكر في الكتاب اربع عشر ما ذكر في اخر الاعراف والرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى
من الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت والعلق هكذا كتب في مصحف عثمان وهو المعتمد
عليه وان الشافعي رحمه الله يوافقنا في العدد الا انه يقول في الحج سجدتان وليس في ص سجدة وموضع السجدة عند قوله ان كنتم
اياه تعبدون والمصر احتراز بقوله والسجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا ويقوله عند قوله وهم لا يسامون وتذكر
عن مذهبه اصحابه فقيل على ان في الحج سجدتين بحديث عقبة بن عامر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فضلت الحج
بسجدتين من لم يسجدهما لم يقراها ومذهبنا مروي عن ابن عباس وابن عمر قالا سجدة التلاوة في الحج هي الاولى والثانية سجدة
الصلاة ويعضده قرانها بالركوع في قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اركعوا واسجدوا وتاويل ما روي فضلت بسجدتين احداهما
سجدة التلاوة والثانية سجدة الصلاة و استدل الشافعي رحمه الله على ان السجدة في ص سجدة شكر بما روي انه عليه
السلام تلا في خطبته سورة ص فتشزن الناس للسجود فقال علام تشزنتم انها توبة نبي وفي ما قال عليه السلام
سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا قلنا هذا لا ينفي كونها سجدة تلاوة اذ ما من عبادة ياتي بها العبد الا وفيها معنى
الشكر وقد روي انه عليه السلام سجدها في خطبته فدل على انها سجدة تلاوة حيث قطع الخطبة لها وليس ما ذكر انه لم يسجد في خطبته فذلك
كان تعليما لجواز تاخيرها وقد روي ان رجلا من الصحابة قال يا رسول الله رايت فيما يرى النائم كاني اكتب سورة ص فلما انتهيت
الى السجدة سجد الدواة والقلم فقال عليه السلام نحن احق بها من الدواة والقلم فامر حتى تليت في مجلسه فسجدها مع اصحابه قوله
وهو الماخوذ للاحتياط لانها ان كانت عند الاية الثانية لم يجز تعجيلها وان كانت عند الاولى جاز تاخيرها الى الاية الثانية
وكان فيما قلنا خروج عن العهدة بيقين قال والسجدة واجبة في هذه المواضع بيان صفتها ذهب الشافعي رحمه الله الى ان السجدة في
هذه المواضع سنة لما روي ان زيد بن ثابت رضي الله عنه قرا سورة النجم بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يسجد لها ولا سجد
لها النبي عليه السلام فدل على انها لم تكن واجبة قلنا هي واجبة على التالي والسامع سواء قصد سماع القران او لم يقصد وانما قيد بهذا
لان في لفظ اثار السجدة على من جلس لها وفيه ايهام ان من لم يجلس لها فليست عليه فقيد بذلك دفعا لذلك والوجوب على وجهه بقوله
صلى الله عليه وسلم السجدة على من سمعها او تلاها وكلمة على للوجوب وهو اي الحديث غير مقيد بالقصد والاعتراض بانها
لو كانت واجبة لما اديت في سجدة الصلاة وركوعها ولما تداخلت ولما اديت بالايماء من راكب يقدر على النزول واجيب بان اداها
في ضمن شي لا ينافي وجوبها في نفسها كالسعي الى الجمعة يتادى بالسعي الى التجارة وانما جاز التداخل لان المقصود منها اظهار
الخضوع والخشوع وذلك يحصل بمرة ولهذه وجوز اداها بالايماء حين قراها راكبا لانه كما وجبت بتلاوته على الدابة شروع فيها بحيث
به السجدة وكان الشروع على الدابة في التطوع والجواب عن حديث زيد ان الاحتجاج به انما يتم اذا ثبت انه صلى الله عليه وسلم
لم

لم يسجد تلك السجدة حتى خرج من الدنيا فانا لم نقل بوجوبها على الفور فيجوز ان يكون سجدها في وقت اخر واعلم ان صاحب النهاية
قال جعل هذا اللفظ يعني قوله السجدة على من سمعها الحديث في ساير النسخ من المبسوطين والاسرار والمحيط وشرح الجامع الصغير
من الفاظ الصحابة لا من الحديث واقول لم يكن المصنف ممن يطالع الكتب المذكورة فلولا انه ثبت عنده كونه حديثا
لما نقله حديثا فانه رحمه الله اعظم ديانة ممن يتوهم به ذلك قوله واذا تلى الامام السجدة ظاهر و قوله لان السبب قد تقرر
ولا مانع وكل ما تقرر مقتضيه وانتفى مانعه تحقق لا محالة بخلاف حالة الصلاة فان المانع موجود لانه يؤدي الى خلاف
موضوع الامامة ان سجد التالي اولا وتابعه الامام لان المتبوع تابع والتابع متبوعا او التلاوة ان سجد الامام اولا
وتابعه التالي فان التالي امام السامع فيجب ان يتقدم سجود التالي قال عليه السلام للتالي كنت امامنا لو سجدت لسجدنا
فان قيل هذه ليست بقسمة حاصرة لجواز ان يسجد التالي دون الامام او بالعكس فالجواب ان في ذلك مخالفة الامام وهي مفسدة
فلم يذكرها لكون ذلك معروفا عنه في عدم الجواز ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لان المحجور هو الممنوع من التصرف على
وجه يظهر نفاذ ذلك التصرف عليه من جهة غيره والمقتدي بهذه الصفة لانه ممنوع عن القراءة والقراءة تنفذ عليه
من جهة امامه قال عليه السلام من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وكل من هو محجور لا حكم لتصرفه ووجوب السجدة
حكم التصرف الذي هو القراءة فلا يثبت و قوله بخلاف الحايض جواب عما يقال المقتدي في كونه ممنوعا عن
القراءة كالحايض والجنب والسجدة تجب على من سمعها منهما فكذا على من سمع المقتدي ووجهه انهما منهيان عن القراءة والتصرفات
المنهي عنها تنعقد لحكمها لما عرف من اصلنا من ان النهي عن الافعال الشرعية لا يعدم المشروعية فان اختلج في ذهنك
ان القراءة فعل حسي فالنهي عنه يعدم المشروعية فعليك بتقرير ما في تقريرنا تجد ما لم تسبق اليه فان قيل لو كان كذلك لوجبت
على الحايض بتلاوتها وسماعها لكنها لا تجب اجاب بما معناه انها لم تجب عليها لانعدام اهلية الصلاة وذلك لان السجدة ركن من
الصلاة والحايض لا تلزمها الصلاة مع تقرر السبب فلا تلزمها السجدة ايضا بخلاف الجنب فان الصلاة تلزمه فكذلك
السجدة و قوله ولو سمعها رجل خارج الصلاة سجدها يعني بالاتفاق و قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انه على
الاختلاف لا يسجدها عندهما ويسجد عند محمد ووجه الصحيح ما ذكر ان الحجر ثبت في حقهم لان علة الحجر هي الاقتدا وهو مختص بهما فلا
فلا يعدوهما ورد بان المقتدي اما ان يكون محجورا او لا والاول يستلزم شمول العدم والثاني شمول الوجوب والجواب انه
محجور بالنسبة الى من وجد في حقه علة الحجر وغير محجور بالنسبة الى من لم يوجد وهو الخارج وان سمعوا وهم في الصلاة من رجل
ليس معهم في الصلاة لم يسجدوها في الصلاة لانها ليست بصلاتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال الصلاة لان افعال الصلاة
اما ان يكون فرضا او واجبا او سنة وهذا السماع ليس بشي من ذلك وما ليس من افعال الصلاة لا يجوز ان يوتى به فيها لكنهم يسجدونها
بعدها لتحقق سببها وهو السماع ممن ليس بمحجور ولو سجدوها في الصلاة لم تجزهم ولم تفسد صلاتهم في ظاهر الرواية اما عدم الجواز
فلانه اي لان هذا السجود ناقص لمكان النهي وهو منع الشرع عن ادخال ما ليس من افعال الصلاة فيها فلا يتادى به الكامل وهي
السجدة الواجبة بالسماع ممن ليس بمحجور فان ما وجب كاملا لا يتادى ناقصا ورد بانها لم لا وجبت كاملا فانها وجبت في وقت كان
خلط غير افعال الصلاة بافعالها حراما وكانت كالعصر وقت الاصفرار وجبت ناقصة فتتادى ناقصة والجواب ان الوقت
لو كان سببا لها كان الامر كما ذكرت لكنه ليس كذلك بل سببها ما ذكرنا ولا تعلق له بالوقت واعادوها لتقرر سببها وهو ما ذكرنا
واما عدم فساد الصلاة فلان الفساد انما يكون بتركها او باتيان ما ينقضها ولم يتركوها وما اتوا بما ينقضها لان مجرد السجدة لا ينافي
احرام الصلاة فانها في ذاتها من افعال الصلاة وذكر في النوادر انها تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس فيها وقيل ما ذكر في النوادر
قول محمد وهو جواب القياس وما ذكرها هنا قولهما وهو جواب الاستحسان بناء على ان زيادة ما دون الركعة لا يفسدها عندهما
وعلى قوله زيادة السجدة يفسدها وهذا الاختلاف بناء على اختلافهم في سجدة الشكر فعند محمد السجدة الواحدة عبادة مقصودة
ولهذا حكم بان سجدة الشكر مسنونة فيفسد شروعه في واحد قبل الكمال فرضه وعند ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف
انها غير مسنونة والسجدة الواحدة بمنزلة الركعة في كونها ركنا من اركان الصلاة غير مستقلة عبادة فان قراها الامام او سمعها رجل
ليس معه في الصلاة فدخل معه فاما دخل بعدما سجد الامام او قبله فان كان الاول لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها اي للسجدة
بادراك تلك الركعة وهذا يشير الى انه لو ادرك الامام في الركعة الاخرى لم يصر مدركا للسجدة فينبغي ان يسجدها خارج الصلاة لانه
لما لم يدرك الركعة لم يكن مدركا للقراءة ولما تعلق بها من السجدة وقال الامام العتابي واشار في بعض النسخ الى انها تسقط عنه لانه
صارت صلاتية وطولب بالفرق بينه وبين هذا وبين ما اذا ادرك الامام في ركوع صلاتي العيدين فان عليه ان ياتي بالتكبيرات
ولم يصر مدركا لها بادراك الركعة في الركوع واجيب بان الادراك الحقيقي ممكن لانه ما هو جنسها وهو تكبير الركوع يوتى به حالة الركوع
فالحق به تكبيرات العيد واذا كان الادراك الحقيقي ممكنا لا يصار الى الادراك الحكمي بخلاف سجدة التلاوة فانه ليس من جنسها
ما يوتى به في حالة الركوع ليكون حقيقة الادراك ممكنة فيصار الى الحكمي وان كان الثاني سجدها لانه لم يسمعها بان اخفاها الامام
سجدها معه فيها اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وهو التلاوة ممن ليس بمحجور عليه اذ السماع من تلاوة صحيحة على اختلاف
المشايخ فقيل ينبغي ان لا يسجد لان الصحيح ان التلاوة هي السبب في حق السامع ايضا وكانت في الصلاة وكانت هي السجدة

صلاتيه فلا يقضي خارجها واجيب بانهم لو اختلفوا في كون التلاوة سببا في حقه او السماع وجب السجدة احتياطا لانا
ان نظرنا الى التلاوة لا يلزمه السجدة وان نظرنا الى السماع يلزمه خارج الصلاة فامرنا بها خارجها احتياطا وقوله وكل سجدة
وجبت في الصلاة فلم يسجدها فيها لم يقض خارج الصلاة ضابطا كليا يشتمل على النوع الداخل تحته ودليله ما ذكره بقوله
لانها صلاتية ومعنى الصلاتية ان يكون التلاوة الموجبة لها من افعال الصلاة ولها مزية الصلاة وكان وجوبها كاملا
وما وجب كاملا لا يتادى ناقصا وفيه بحث من اوجه الاول انه قيل هذا الكلي منقوض بما اذا سمعوا وهم في الصلاة ممن
ليس معهم في الصلاة فانها سجدة وجبت في الصلاة ويسجدونها بعدها كما تقدم والثاني ما قيل ان قوله فلم يسجدها فيها
غير متصور لانها تؤدي بسجدة الصلاة وان لم ينوها الثالث ما قلنا ان التانيث حذف في النسب فالصواب صلوتية
واجيب عن الاول بان تقديره وكل سجدة صلاتية وجبت في الصلاة وفيه نظر لان قوله وجبت في الصلاة اما ان يكون
صفة موضحة وما تم تمايميز عنها لان كل سجدة صلاتية واجبة في الصلاة او صفة كاشفة وعامل السؤال او غيرها من
التاكيد والمدح والذم والمقام لا يقتضيه فالصواب ان يقال وكل سجدة عن تلاوة وجبت في الصلاة اي ثبتت وعن
الثاني بان سجدة التلاوة انما تتادى بسجدة الصلاة اذا قرا اية السجدة وسجد اما اذا لم يسجد على الفور حتى قرا بعدها ثلث
ايات وركع او سجد للصلاة ينوي بها سجدة التلاوة فلم يجز لانها صارت دينا عليه بفوات وقتها فلا يتادى في ضمن الغير
ورد بان وقتها موسع فمتى سجد كان اداء لا قضاء واجيب عنه بان محمد في رواية عن ابي حنيفة وعن ابي يوسف وفي رواية عن ابي
حنيفة ان وجوبها على الفور لا التراخي فيجوز ان يكون المصنف اختار ذلك وعن الثالث بانه خطا مستعمل وهو عند الفقهاء
خير من صواب نادر قال ومن تلا سجدة فلم يسجدها هذا بيان التداخل في سجدة التلاوة اي ومن تلا اية سجدة
خارج الصلاة فلم يسجدها حتى دخل في الصلاة فاعادها اي تلاوة تلك الاية ولم يتبدل مجلس الصلاة عن مجلس التلاوة وسجد
في الصلاة اجزاته السجدة التي سجدها عن التلاوتين لان الثانية لكونها صلاتية اقوى فاستتبعت الاولى وفي النوادر
ويسجد سجدة اخرى بعد الفراغ من الصلاة لان الصلاتية ان كانت اقوى فللاولى ايضا قوة السبق فتستويا فلا
يكون احداهما اولى بالاستتباع وجواب ظاهر الرواية ان للصلاتية بعد التساوي قوة اخرى وهو الاتصال بالمقصود اي
اتصال التلاوة بما هو المقصود اي الحكم وهو السجود فترجحت بها واستتبعت وعورض بان الحاق الاولى بالثانية خلاف موضوع
التداخل لان السابق قد مضى واضمحل فكيف يلحق باللاحق واجيب بان السابق قد يكون تبعا اذا كان اللاحق اقوى
كالسنة قبل الظهر وقوله وان تلاها يعني خارج الصلاة فسجد ثم دخل في الصلاة فتلاها اي تلك الاية وجب عليه ان يسجد
لها لان الثانية هي المستتبعة لما قلنا انها لكونها صلاتية اقوى وان كانت مستتبعة لا وجه لالحاقها اي السجدة المفعولة
بالاولى اي التلاوة الاولى لانها ان الحقت بها وهي تابعة للثانية كانت السجدة ملحقة بالتلاوة الثانية وذلك يؤدي الى سبق
الحكم قبل السبب فتبين ان التداخل في هذه الصورة متعذر فيجب سجدة ثانية للتلاوة الثانية واياك ان ترد ضمير الحاقها
الى التلاوة الثانية لما فعله بعض الشارحين واعترض على المصنف فانه فاسد فتامل وفيه بحث وهو ان الصلاتية انما ترجحت
في المسئلة الاولى باتصال المقصود وهاهنا مع الاولى السبق والاتصال بالمقصود مع الثانية كونها صلاتية فقط فاني تستتبعها
ويمكن ان يجاب عنه بان المصير الى الاتصال انما كان على وجه التنزل من المصنف والا فكونها صلاتية اقوى من السبق لاسيما
الا ترى انه اذا قهقه فيها ينقض الوضوء دون غيرها وبالنظر الى ذلك يتم الدليل قال ومن كرر تلاوة سجدة واحدة ذكر مسئلة
وبين التداخل وقال والاصل ان مبنى السجدة على التداخل يعني في الاستحسان والقياس ان يجب لكل تلاوة سجدة سواء كانت في
مجلس واحد او لم تكن لان السجدة حكم التلاوة والحكم يتكرر بتكرر السبب وجه الاستحسان ما ذكره بقوله دفعا للحرج وذلك ان المعلمين
محتاجون الى تعليم القران وتعلمه وذلك يحتاج الى التكرار غالبا فالزام التكرار في السجدة مفض الى الحرج لا محالة والحرج
مدفوع وقد صح ان جبريل صلوات الله عليه وسلم كان ينزل باية السجدة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ويكرر عليه وكان رسول
الله صلى الله عليه وسلم يسجد لها مرة واحدة تعليما بجواز التداخل دفعا للحرج ثم التداخل اما ان يكون في السبب او في الحكم والاليق
بالعبادات الاول وبالعقوبات الثاني وذلك لان التداخل اذا كان في الحكم دون السبب كانت الاسباب باقية على تعددها فيلزم
وجود السبب الموجد للعبادة بدونها وفي ذلك ترك الاحتياط فيما يجب فيه الاحتياط فقلنا بتداخل الاسباب فيها ليكون جميعها
بمنزلة سبب واحد ترتب عليه حكمه اذا وجد دليل الجمع وهو اتحاد المجلس واما العقوبات فليست مما يحتاط فيها بل درءها
فيجعل التداخل في الحكم ليكون عدم الحكم مع وجود الموجب مضافا الى عفو الله وكرمه فانه هو الموصوف بسبوغ العفو وكمال
الكرم وثمرة ذلك تظهر فيما اذا تلا اية سجدة في مكان فسجدها ثم تلاها فيه مرات فانه تكفيه تلك السجدة المفعولة اولا ولو لم يكن
التداخل في السبب لكانت التلاوة التي بعد السجدة سببا وحكمه قد تقدم وذلك لا يجوز وقوله وامكان التداخل اي الامكان الشرعي
بان الدليل الجمع وهو اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات الا ترى ان شطري العقد يجمعهما المجلس وان تفرقا بالاقوال فاذا
اختلف عاد الحكم الى اصله وهو وجوب التكرار لعدم الجامع فان قيل ما بال الجمع لم يجمع بين الايات في مجلس كما جمع بين
المرات فيه قلنا لعدم الحرج فان ايات السجدة محصورة والغالب عدم تلاوة الجميع في مجلس بخلاف التكرار للتعليم فانه

لسببي

ليس محصورا ويتفق في مجلس ثم اختلاف المجلس انما يكون بالذهاب بعيدا فان مشى كان مشى بخطوتين عرض المسجد وطوله فهو قريب
وقيل ان مشى خطوتين او ثلاثا فهو قريب وان كان اكثر من ذلك فهو بعيد ولا يختلف بمجرد القيام لانه مستحق في الاتيان بالسجدة
لان السجود الوارد في القران سقوط من القيام بخلاف المخيرة فان خيارها يبطل بمجرد القيام لكونه دليل الاعراض فان من حزبه
امر وهو قائم يقعد لكون القعود اجمع للراي فاذا قامت دل على الاعراض عن التروي ولانه وفي تسدية الثوب تتكرر الوجوب
وكلامه واضح وقال صاحب النهاية وهذا اللفظ يعني قوله وفي المتنقل من غصن الى غصن لذلك في الاصح وكذلك في الدياسة
يدل على اختلاف المشايخ في المتنقل من غصن الى غصن وفي الدياسة لا في تسدية الثوب لانه قطع بالجواب من غير تردد ثم نقل
جواز ان الثاني تذكر الاصح وليس بواضح لجواز ان يكون قوله في الاصح متعلقا بالمسئلتين جميعا وقوله للاحتياط يجوز ان يكون
وجه الاصح في الصور الثلاثة المذكورة ووجهه بالنظر الى اتحاد الفعل واتحاد اسم المجلس ولا يتبدل المجلس فلا يتكرر الوجوب وبالنظر
الى حقيقة اختلاف المكان يتكرر الوجوب فقلنا بالتكرار للاحتياط وقوله ولو تبدل مجلس التالي واضح وقوله على ما قيل
به قول فخر الاسلام ان مجلس التالي اذا اتحد دون السامع تتكرر الوجوب على السامع لان الحكم يضاف الى السبب وكانه اختار
ان السبب هو التلاوة والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع قلنا يعني ان السبب في حقه السماع وكان مجلسه متحدا وهو قول
الاستحسان قيل وعليه الفتوى ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع راسه اعتبارا لسجدة الصلاة وفي قوله اعتبارا
بسجدة الصلاة اشارة الى ان التكبير فيها سنة كما في المشبه به وقوله ولم يرفع يديه احتراز عن مذهب الشافعي رحمه الله
فان عنده ان يرفع يديه ويأتم تكبيرة للسجود ولا يرفع يديه ثم يكبر للرفع ويسلم فلم يذكر فاذا يقول في السجود فقيل يقول فيها
سبحان ربنا ان كان وعد ربنا لمفعولا والاصح ان يقول فيها ما يقول في سجدة الصلاة وان لم يذكر شيئا لا يجزيه لانها لا تكون اقوى
من سجدة الصلاة ولو لم يذكر فيها شيئا جاز ولذلك هذه وقوله ولا تشهد عليه ولا سلام نفي لقول بعض اصحاب الشافعي الذين لم ياخذوا
بقوله وقالوا ان فيها تشهدا او سلاما وقوله لان ذلك اي التشهد والسلام للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي معدومة فان قيل
لا نسلم انها معدومة لانه قال الله اكبر والتكبير للتحريم بالنص اجيب بانه ليس كل تكبير للتحريم الا ترى ان تكبير السجود فانه ليس للتحريم ولكن هذه
السجدة لما اشتبهت بسجدة الصلاة سن فيها التكبير للمشابهة وقوله يشبه الاستنكاف يعني ان الاستنكاف حرام لانه
كفر فيكون ما يشبهه مكروها وقوله مستحقة على السامعين قال في المحيط ان كان التالي وحده يقرا كيف شاء من جهر واخفاء
وان كان معه جماعة قال مشايخنا ان كان القوم متهيئين للسجود ويقع في قلبه انه لا يشق عليهم اداء السجدة ينبغي ان يقرا جهرا
حتى يسجد القوم معه لان في هذا حثا لهم على الطاعة وان كانوا محدثين او وقع في قلبه انه يشق عليهم اداء السجدة ينبغي ان يقرا
في نفسه ولا يجهر تحرزا عن تاثيم المسلم وذلك مندوب اليه باب صلاة المسافر لما كان السفر من العوارض
المكتسبة ناسب ان يذكر مع سجدة التلاوة لان التلاوة ايضا كذلك وبوجوبها لانها عبادة دونه والسفر في اللغة قطع المسافة
وليس يراد هاهنا بل المراد قطع خاص وهو ان يتغير به الاحكام قيدة بذلك وذكر القصد وذلك هو الارادة الحادثة المقارنة
عزم لانه لو طاف جميع العالم بلا قصد سير ثلاثة ايام لا يصير مسافرا ولو قصد ولم يظهر ذلك بالفعل فكذلك فكان المعتبر في حق تغير
الاحكام اجتماعهما فان قيل الاقامة تثبت بمجرد النية فما بال السفر وهو ضدها لم يكن كذلك اجيب بان السفر فعل ومجرد القصد
لا يكفي فيه والاقامة ترك وهو يحصل بمجردها وسيجيء نظيره في كتاب الزكاة في العبد للخدمة ان يكون للتجارة وعلله ان شاء
الله تعالى والاحكام التي تتغير بالسفر هي قصر الصلاة واباحة الفطر وامتداد مدة المسح الى ثلاثة ايام وسقوط وجوب الجمعة
والعيدين والاضحية وحرمة الخروج على الحرة بغير محرم فان قيل فكما ان القصد لا بد منه للتغير فكذلك مجاوزة بيوت
مصر ولم يذكره اجيب بانه يصدق به ان تعريف السفر وما ذكرتم من شرط تغيره وسنذكره وقوله سيرا الا بل بالنصب بدل على
قوله مسيرة ثلثة ايام وقوله عم الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير معناه ان الالف واللام في المسافر للجنس لعدم معهود
فيكون الرخصة وهو المسح عاما بالنسبة الى من هو من هذا الجنس وذلك يستلزم ان يكون التقدير بثلثة ايام ايضا عاما بالنسبة الى
ذلك والا لكان نقيضه سابقا وهو بعض من هو مسافر لا يمسح ثلثة ايام ولياليها ويلزم الكذب المحال على الشارع ان كانت الجملة خبرية
معنى ايضا وان عدم الامساك لامره ان كانت طلبية وذلك لا يجوز واعترض بوجهين احدهما ان هذا انما يلزم ان لو كان ثلاثة ايام
ظرفا للمسح ولم لا يجوز ان يكون ظرفا لقوله والمسافر ثلثة ايام ولياليها وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فيجوز ان يكون المسافر
يوما وليلة او اقل يمسح بدليل اخر وهو ما روي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يا اهل مكة لا تقصروا في ادنى من اربعة
ابرد من مكة الى عسفان والثاني انه متروك الظاهر لان ظاهره يقتضي استيفاء مدة ثلاثة ايام ولياليها وذلك ليس بشرط بالاتفاق
والجواب عن الاول ان راوي الحديث عبد الوهاب بن مجاهد وهو ضعيف عند النقلة حتى كان سفيان يرويه
بالكذب فبقي القول بالمسح لمن لم يسر يوما وليلة قولا بلا دليل سمعا ولكن لا يجوز ان يكون ثلثة ايام ظرفا للمسافر والا لكان في قوله
يمسح المقيم يوما وليلة كذلك وكان حكم المقيم والمسافر في مدة المسح واحدا في بعض الصور وفي ذلك التسوية بين حكم الرخصة والمشقة
وهو خلاف موضوع الشرع وعن الثاني بان النزول للاستراحة ملحق بالسير في حق تكميل مدة السفر بسيرا وقدرا بوجه
وهو رواية المعلى عن ابي حنيفة والشرط اليوم الثالث لان الانسان قد يبكر في مسيرة ثلثة ايام فيجعل السير فيبلغ قبل الوقت بساعة

ولا يعتد بذلك والشافعي رحمه الله قدره في قوله بيوم وليلة وانما يستدل على ذلك بحديث عبد الوهاب وكفى بالسنة بعلي ما روينا
حجة عليهما قوله وهو قريب من الاول اي التقدير بثلث مراحل قريب من التقدير بثلاثة ايام لان المعتاد في السير في كل يوم مرحلة
خصوصا في اقصر ايام السنة قوله هو الصحيح احتراز عن قول عامة المشايخ فانهم قدروها بالفراسخ ثم اختلفوا فقال بعضهم احد
وعشرون فرسخا وقال اخرون ثمانية عشر واخرون خمسة عشر قوله ولا يعتبر بالسير في الماء يعني اذا كان لموضع طريقان احدهما
في الماء يقطع بثلثة ايام ولياليها اذا كانت الريح هادية والثاني في البر يقطع بيوم او يومين لا يعتبر احدهما بالاخر فان ذهب
الى طريق الماء قصر وان ذهب الى طريق البر تم لانه ولا على اليه كما في الجبل فانه يعتبر ثلثة ايام ولياليها في السير فيه وان كانت تلك
المسافة في السهل يقطع بما دونها قال وفرض المسافر في الرباعية ركعتان العصر في حق المسافر رخصة اسقاط عندنا وربما
عبر بعض المشايخ عنه بالعزيمة ورخصة عند الشافعي اي رخصة ترفيه وفرضه عندنا ركعتان لا يزيد عليهما وعنده فرضه الاربع
واعتبره بالصوم قال هذه رخصة شرعت للمسافر فيتخير فيها كما في الصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يأثم على تركه وهذه
اية النافلة وهو ظاهر قوله بخلاف الصوم جواب عن قياس الخصم بان الصوم يقضى يعني ان ترك الشيء بلا بدل واثم علامة كونه نافلة
وما ذكرتم ترك ببدل وهو القضا فلا يرد علينا وفيه بحث من وجهين احدهما ان هذا التعليل في مقابلة النص لان الله تعالى قال فليس
عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة ولفظه لا جناح يذكر للاباحة دون الواجب ولان النبي صلى الله عليه وسلم سماه صدقة المتصدق
عليه بحيا رغي العقول وعدمه والثاني ان العفو لو لم يجب ليس عليه قضا ولا اثم واذا حج كان فرضا فلم يكن ما ذكرتم اية النافلة والجواب
عن الاول ان النص مشترك الالزام اما الاية فلانه تعالى قال ان تقصروا من الصلاة ان خفتم علق القصر بالخوف وهو ليس بشرط لقصر
ذات الصلاة بالاتفاق ولا بد من اعماله فكان متعلقا بقصر الاوصاف من ترك القيام الى القعود او ترك الركوع والسجود الى الايما
لخوف عدو او غيره وعندنا قصر الاوصاف عند الخوف مباح لا واجب واما الحديث فلان التصدق بما لا يحتمل التمليك من غير مفترض
الطاعة كالعتاق والطلاق والقصاص اسقاط محض لا يرتد بالرد فلان يكون من مفترض الطاعة اولى وعن الثاني بانه لما اتى مكة
صار مستطيعا فيفترض عليه ولا يأثم بتركها كالاغنيا قوله وان صلى اربعا الخ وقوله وان لم يقعد قدرها اي قدر قعدة
التشهد بطلت صلاته لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها لان القعدة الاخيرة ركن وقد تركها قبل احتياج صلاة المسافر الى
القراءة كاحتياجها الى القعدة واذا لم يقرأ في الركعتين وقام الى الثالثة ونوى الاقامة وقرأ في الاخريين جازت صلاته عندهما
خلافا لمحمد فكيف يبطل ترك القعدة واجيب بان كلامنا فيما اذا لم يقعد في الاولى واتم اربعا من غير نية الاقامة ليكون فيه
اختلاط النافلة بالفرض قبل اكماله وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه اذا نوى الاقامة صار فرضه اربعا وصار قراته في الاخريين قراته
في الاوليين والقراءة الاولى لم يبق فرضا وانما يصير مسافرا ويقصر الصلاة اذا فارق بيوت المصر من الجانب الذي يخرج منه وان كان
في غيره من الجوانب بيوت لان السفر ضد الاقامة والشيء اذا تعلق بشيء تعلق ضده بضده وحكم الاقامة وهو الاتمام لما تعلق
بهذا الموضع تعلق حكم السفر به لما روي عن علي رضي الله عنه روي انه خرج من المصر يريد السفر فحان وقت الصلاة
فاتمها ثم نظر الى خص امامه وقال لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا والخص بيت من قصب واختلفوا في قدر الانفصال من المصر
قال الامام التمرتاشي الاشبه ان يكون قدر غلوة واعترض بان صلاة الجمعة والعيدين يجوز اقامتهما في هذا المقدار من المصر
وهي لا تقام الا في المصر فالحق هذا الموضع من المصر كيف جازت هذه الصلوات واجيب بان فنا المصر انما يلحق به فيما كان من كان صه
حوائج اهله وقصر الصلاة ليس منها ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما قوله
او اكثر زائدا او ان نوى اقل من ذلك قصر عندنا وقال الشافعي في قول اذا نوى الاقامة اربعة ايام صار مقيما وفي قول اخر
صار مقيما وان لم ينو واحتج للاول بقوله تعالى واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة علق القصر بالضرب
في الارض ومن نوى الاقامة فقد ترك الضرب والمعلق بالشرط معدوم عند عدمه الا انا تركنا ما دون ذلك بدليل الاجماع والثاني
بقول عثمان رضي الله عنه من اقام اربعا اتم ولم يذكر الثاني وليس بصحيح لان ترك الضرب يحصل بنية ثلثة ايام ايضا والاجماع على
عدم جوازها في الاربعة كالاجماع على ما دونها ذكره الطحاوي وقد روي عن عثمان رضي الله عنه خلاف ذلك ايضا فلا يكون حجة
ولنا ما ذكر انه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامع اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان فان مدة الطهر توجب اعادة
ما سقط بالحيض فكما قدر ادنى مدة الطهر خمسة عشر يوما فكذلك يقدر ادنى مدة الاقامة ولهذا قدرنا ادنى مدة الحيض والسفر
بثلاثة ايام لكونهما مسقطتان وهو اي التقدير بمدة الطهر ماثور روي مجاهد عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم انهما قالا اذا دخلت
بلدة وانت مسافر وفي عزمك ان تقيم بها خمسة عشر يوما فاكمل الصلاة وان كنت لا تدري متى تظعن فاقصر والاثر في مثله من المقدرات الشرعية
كالخبر المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لان العقل لا يهتدي الى ذلك وحاشاهم عن الجزاف وكان قولهم معتمدا على السماع
ضرورة لا يقال كلامه متناقض لانه اعتبرها اولا بمدة الطهر وذلك راي منه ثم قال والاثر في مثله بمعنى ما لا يعقل من المقدرات
كالخبر لان ذلك اظهر يعني بعد ثبوت اصله بالاثر ثبت ذلك بالراي لانه لا مدخل له فيه قوله وهو الظاهر اي الظاهر من الرواية
احتراز عما روي عن ابي يوسف ان الرعاة اذا نزلوا موضعا كثير الكلا والماء ونووا الاقامة خمسة عشر يوما والماء والكلا يكفيهم لذلك
المدة صاروا مقيمين ولذلك اهل الاخبية وقالوا نية الاقامة في المفازة انما لا تصح اذا سار ثلاثة ايام بنية السفر فاما قبل ذلك
فيصح

فيصح لان السفر لما لم يتم علة كانت نية الاقامة نقضا للعارض لا ابتدا علة وان سار ثلثة ايام ثم نوى كان ابتدا ايجاب فلا يصح
الا في محله ذكره فخر الاسلام في اصوله في العوارض المكتسبة قوله ولو دخل مصرا او رضع واد ريشان صح بفتح الميم والعين وسكون
الدال المعجمة قوله وعن جماعة الصحابة رضي الله عنهم مثل ذلك وروي عن سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه انه قام بقرية من
قرى نيسابور شهرين وكان يقصر وكذلك علقمة بن قيس رضي الله عنه اقام بخوارزم شتائين يقصر الصلاة وكذلك روي عن ابن
عباس رضي الله عنه لا يقال هذا مخالف لقوله تعالى واذا ضربتم في الارض على ما مر من التقرير لان المراد به قصر الصفات
كما تقدم قوله واذا دخل العسكر ارض الحرب حاصل معناه ان منعهم تصادف حالنا لان محلها هو ما يكون محل قرار وليس
الا وهذا ابوبين الفرار والقرار كما ذكر في الكتاب فلم يكن دار اقامة ويعضده ما روي جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم اقام بتبوك عشرين يوما يقصر الصلاة قوله وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام انما ذكره وكان يعلم حكمه
م.٦ من حكم اهل الحرب لدفع ما عسى يتوهم ان نية الاقامة في دار الحرب انما لم تصح لانها منقطعة عن دار الاسلام وكانت كالمفازة
بخلاف مدينة اهل البغي فانها كانت في يد اهل الاسلام وكان ينبغي ان يصح النية وكذا اذا حاصروهم في البحر فقال
لان حالهم مبطل عزيمتهم لتسيرهم الى ان المحل كان منافيا للنية لكنه تم ما ثبت اخر وهو انهم يقيمون لغرض فاذا حصل انزعجوا
وقو فما كانوا عليهم مستقر وهذا التعليل يدل على ان قوله في غير مصر البحر ليس بقيد حتى لو نزلوا مدينة اهل البغي وحاصروهم
في الحصن لم تصح نيتهم لان مدينتهم كالمفازة عند حصول المقصود لا يقيمون فيها قوله في الوجهين اي في محاصرة اهل الحرب
واهل البغي قوله لانه موضع اقامة اي بيوت المدر وذكر الضمير لان الخبر مذكر وفرق ابو يوسف بين الابنية والاخبية
موضع الاقامة والقرار وهو الابنية دون الاخبية ونية الاقامة من اهل الكلا وهم اهل الاخبية مختلف فيها فمنهم من
يقول لا يصح ابدا لانهم ليسوا في موضع الاقامة والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة للمرء اصل والسفر
عارض يحصل عند قصد الانتقال الى مكان نيته ونية مدة السفر وهم لا يقصدون ذلك وانما ينتقلون من ما الى ما
ومن مرعى الى مرعى وكانوا مقيمين ابدا قالوا وان اقتدى المسافر بالمقيم بين هاهنا حكم اقتدا المسافر بالمقيم وعكسه والاول
يجوز اذا كان في الوقت ولا يجوز بعد خروجه وعلى هذا اذا اقتدى به في الوقت اتم صلاته اربعا لانه التزم المتابعة
لمن فرضه الاربع ومن التزم المتابعة لمن فرضه الاربع صار فرضه الى اربع لان التبعية كما يتغير بنية الاقامة
فان قيل علل بتغير فرضه بالتبعية بقوله للتبعية فكيف يستقيم تعليله بعد ذلك بقوله لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت
قلت ذلك تعليل للمقيس عليه ومعناه ان الجامع موجود وهو اتصال المغير بالسبب وهو الوقت كان المغير في الثاني
هو نية الاقامة وقد اتصل بالسبب وان اقتدى به في غيره لم يجز لعدم اتصال المغير كما اذا نوى الاقامة بعد الوقت وانما
قال وان دخل معه في فايته ولم يقل وان اقتدى به في غير الوقت ليلا يرد عليه ما اذا دخل في صلاة المقيم في الوقت
ثم ذهب الوقت فانه لم تفسد وقد وجد الاقتدا بعده لان الاتمام لزمه بالشروع مع الامام في الوقت فالتحق بغيره من المقيمين
واعترض بان المتابعة لو استلزمت الاتمام لوجب على مسافر اقتدى به مقيم فاحدث المسافر استخلف المقيم ان يتم صلاته
اربعا لانه صار متابعا للمقيم وليس كذلك فان فرضه لا يتغير واجيب بان الاعتبار في ذلك الاقتدا والمسافر كان فيه متبوعا
لا تابعا قوله فيكون اقتدا المفترض بالمتنفل ما قبله وتقريره انه لا يتغير بعد الوقت واذا لم يتغير كان اقتداؤه لا يتغير موجبه
لاستلزامه احد المحذورين لانه ان سلم على الركعتين كان مخالفا لامامه وهو مفسد وان اتم اربعا خلط النفل بالمكتوبة قصدا
والقعدة الاولى فرض في حقه نفل في حق الامام ولذلك القراءة في الاخريين فيكون اقتدا المفترض به نفل في حق القعدة
وان اقتدى به في اول الصلاة او القراءة وان اقتدى به في الشفع الثاني وكلاهما وان مانعه الجمع لجواز
اجتماعهما وذلك ايضا مفسد واعترض بوجهين احدهما ان الامام لو ترك القراءة في الشفع الاول وقضاها في الشفع الثاني
ينبغي ان لا يجوز في هذه الصورة اقتدا المسافر بالمقيم وان كان بعد خروج الوقت لكون القعدة والقراءة فرضين على الامام
ايضا كالمقتدي والثاني اقتدا المتنفل بالمفترض في الشفع الثاني جائز مع ان القراءة على المفترض نفل وعلى المتنفل فرض وكان
اقتدا المفترض بالمتنفل واجيب عن الاول بان القضا ملتحق بالادا فيبقى الشفع الثاني خاليا عن القراءة وكان بنا الموجود
على المعدوم وذلك لا يجوز وعن الثاني بان صلاة المتنفل احدث حكم الفرض تبعا لصلاة الامام ولهذا لو افسد المتنفل صلاته بعد
الاقتدا وجب قضا اربع وان اقتدى المقيمون به فصلى بهم ركعتين وسلم واتم المقيمون صلاتهم لان المقتدي التزم الموافقة
في الركعتين وقد ادى ما التزم ولم يتم صلاته فيتفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح وقوله احتراز عما قال بعض المشايخ
من وجوب القراءة فيما يتمون لانهم منفردون فيه ولهذا يلزمهم سجود السهو اذا سهوا فيه فاشبهوا المسبوقين ووجه الاصح
ما ذكر في الكتاب انه مقتد تحريمة لا فعلا يعني في الشفع الثاني اما انه مقتد تحريمة فلانه التزم الاداء معه في اول التحريمة واما
انه ليس بمقتد فعلا فلان فعل الامامة قد فرغ بالسلام على راس الركعتين وكل من كان كذلك كاللاحق ولا قراءة على اللاحق
لانه بالنظر الى كونه مقتديا تحريمة حرم عليه القراءة وبالنظر الى كونه غير مقتد فعلا يستحب له القراءة لان فرض القراءة صار
مؤدى فقد دارت قراءته بين كونه حراما ومستحبا وكان الاحتياط في الترك ترجيحا للمحرم بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة يعني

في الاوقتين لان الكلام فيه لما لنظر الى كونه مقتديا كانت بدعة وبالنظر الى كونه منفردا كانت فرضا لانه لم يؤد فرض القراة
وكانت عليه واجبة فان قيل اذا كانت واجبة كيف قال فكان الاتيان اولى اجيب بان الاولوية لا تنافي الوجوب لان المراد
بالاولوية ترجيح جانب الوجود على الترك وهو موجود في الوجوب وزيادة وفيه ما فيه وقيل ذكرها قابلة ما ذكر من قراءة المقيمين
بعد فراغ امامهم المسافر بالنظر الى نفسه وقيل ذكر في مقابلة قوله فيما تركها احتياطا ومراده ان جعله منفردا ليجب عليه
القراءة ولو تركها فسدت صلاته اولى من جعله مقتديا وفيه نظر لانه يجب جعله منفردا ويستحب للامام اذا سلم ان يقول
اتموا صلاتكم فانا قوم سفر اي مسافرون وهذا يدل على ان العلم بحال الامام بكونه مقيما او مسافرا ليس بشرط لانهم ان
علموا انه مسافر فقوله هذا عبث وان علموا انه مقيم كان كذبا فدل على ان المراد به اذا لم يعلموا حاله وهو مخالف لما ذكر في فتاوى
قاضي خان وغيره ان من اقتدى بامام لا يدري انه مقيم او مسافر لا يصح اقتداؤه والتوفيق بينهما ما قيل ان ذلك محمول على
ما اذا بنوا امر الامام على ظاهر حال الاقامة والحال انه ليس بمقيم وسلم على راس الركعتين وتفرقوا على ذلك لاعتقادهم
فساد صلاة الامام واما اذا اعلموا بعد الصلاة بحال الامام جازت صلاتهم وان لم يعلموا الى له وقت الاقتداء او بهذا القول
يعلم في الاخرة فيقول فان قيل فعلى هذا التقرير يجب ان يكون هذا القول واجبا على الامام لان اصلاح صلاة القوم
يحصل وما يحصل به ذلك فهو واجب على الامام فكيف قال ويستحب اجيب بان اصلاح صلاتهم ليس يتوقف على هذا القول
السه بل اذا سلم على راس الركعتين وعلم عدم سهوه فالظاهر من حاله انه مسافر حملا لامره على الصلاح وكان قوله
هذا بعد ذلك زيادة اعلام بانه مسافر وازالة التهمة عن نفسه واقتدى بالنبي صلى الله عليه وسلم فانه قال حين صلى باهل مكة وهو
مسافر وكان امره مستحبا لا واجبا قال واذا دخل المسافر مصره اتم الصلاة معناه اذا استكمل المسافر مسيرة ثلثة
ايام ثم دخل وطنه الاصلي اتم الصلاة وان لم ينو الاقامة فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم كانوا
يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد وفيه نظر لان العزم فعل القلب وهو امر باطن وليس له سبب
ظاهر يقوم مقامه بل الظاهر من حال المسافر العايد الى وطنه ان يكون في عزمه المقام فيه ولعل المراد عزم جديد لمدة الاقامة
خمسة عشر فان الظاهر عدمه والاستدلال بالمنقول اظهر وهو ان نية الاقامة انما تعتبر لصيرورة المسافر مقيما في غير مصره
لكونه موضع مسكنه في حيز التردد بين ان يكون للسير وبين ان يكون للاقامة فيحتاج الى النية فاما في مصره فهو متعين للاقامة
كما كان قبل السير واما اذا لم يستكمل المسافر مسيرة ثلثة ايام ثم عزم على الدخول في مصره يصير مقيما ويتم صلاته وان لم يدخل
لما ذكرنا قيل انه رفض للايجاب لا ابتداء وقوله ومن كان له وطن فانتقل منه اعلم ان عامة المشايخ قسموا الاوطان الى
ثلثة وطن اصلي وهو مولد الرجل او البلد الذي تاهل فيه ووطن اقامة وهو البلد الذي ينوي المسافر فيه الاقامة خمسة
عشر يوما ويسمى وطن سفر ايضا ووطن السكنى وهو الذي ينوي المسافر الاقامة فيه اقل من خمسة عشر يوما والمحققون منهم
قسموا الى الوطن الاصلي ووطن الاقامة ولم يعتبروا وطن السكنى وهو الصحيح لانه لم يثبت فيه الاقامة بل حكم السفر فيه باق والاصل
ان الوطن الاصلي يبطل الوطن الاصلي دون وطن الاقامة وانشاء السفر وهو ان يخرج قاصدا مكانا يصل اليه في مدة السفر لان
الشيء انما يبطل بما فوقه او بمثله وليس فوقه شيء فيبطل بمثله الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة
عد نفسه بمكة من المسافرين وقال اتموا صلاتكم فانا قوم سفر واما وطن الاقامة فبمثله وبما فوقه فيبطل بكل منهما وبانشاء
السفر ايضا لانه ضده فان قيل فهو ضد للوطن الاصلي ايضا فلم لم يبطله فالجواب انه لم يبطل بالاثر بما روي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم كان يخرج من المدينة الى الغزوات ولم ينقض وطنه بالمدينة حيث لم يجدد نية الاقامة بعد الرجوع وقوله لان
اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع حتى الى عشرة وخمسة عشر دفعا للتحكم وهو اي اعتبارها في مواضع
ممتنع لان اقامته حينئذ انما يكون بنزوله وترويح دابته والسفر لا يعرى عن ذلك المقدار فيكون كل مسافر مقيما ان نوى
وهو فاسد لاختلاف اللوازم الدال على عدم الاجتماع وقوله الا اذا نوى مستثنى من قوله لم يتم الصلاة لان اقامة
المرء مضافة الى مبيته ظاهرا الا ترى ان السوقي اذا قيل له اين تسكن يقول في محلة كذا وان نهاره كله في السوق وقوله
لانه معتبر في السببية عند عدم الاداء يعني عدم الاداء قبل اخر الوقت لما عرف في الاصول فنقول اخر الوقت ان كان مسافرا
وفاتته الصلاة قضى ركعتين وان كان في اول الوقت مقيما وان كان فيه وفاتته قضى اربعا وان كان مسافرا واعترض
بان كلامنا في القضاء واذا فاتت الصلاة عن وقتها كان كل الوقت سببا لما عرف لا الجزء الاخير واجيب بان بعض المشايخ
يقرون السببية على الجزء الاخير وان فات الوقت فجاز ان يكون المصنف قد اختار ذلك واقول الاعتراض ليس بوارد
لان المصنف قال القضاء بحسب الاداء يعني ان كل من وجب عليه اداء اربع قضى اربعا ومن وجب عليه اداء ركعتين قضى ركعتين
وهذا لا نزاع فيه ثم بين ان المعتبر في السببية للاداء هو الجزء الاخير من الوقت وهذا ايضا لا نزاع فيه وبه تم مراد المصنف رحمه الله
واما ان السببية ينتقل بعد الفوت الى كل الوقت ليظهر اثره في عدم جواز قضاء العصر الفائت في اليوم الثاني وقت الاحمرار فذلك
شيء اخر لا مدخل له في مراد المصنف وهذا واضح فتامله يغنيك عن التطويل ونقض قولهم القضاء بحسب الاداء بما اذا دخل المسافر في صلاة المقيم
ثم ذهب الوقت ثم افسد الامام او المقتدي صلاته على نفسه فانه يقضي ركعتين صلاة السفر وقد وجب عليه اداء الصلاة اربعا واجيب بانه انما
لزمه

لزمه الاربع لمتابعة الامام وقد زال ذلك بالافساد فعاد الى اصله الا ترى انه لو افسد الاقتداء في الوقت كان عليه ان يصلي صلاة السفر فكذلك
هذا والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء السفر على ثلثة اقسام سفر طاعة كالحج والجهاد وسفر مباح كالتجارة وسفر معصية كقطع الطريق
والاباق عن المولى وحج المراة بلا محرم والاولان سببان للرخصة بلا خلاف واما الاخير فكذلك عندنا خلافا للشافعي قال الرخصة ثبتت تخفيفا وما كان
كذلك لا يتعلق بما يوجب التغليظ لان اضافة الحكم الى وصف يقتضي خلافه فساد في الوضع ولنا اطلاق النصوص قال الله تعالى ومن كان منكم
مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر وقال صلى الله عليه وسلم فرض المسافر ركعتان وقال يمسح المسافر ثلثة ايام ولياليها والكل كما ترى مطلق فزيادة
قيد ان لا يكون عاصيا نسخ على ما عرف في الاصول ولان نفس السفر ليس بمعصية انما هو عبارة عن خروج مديد وليس في هذا المعنى شيء من المعصية وانما
المعصية ما يكون بعده كما في السرقة او مجاورة كما في الاباق فيصلح من حيث ذاته متعلق الرخصة لامكان الانفكاك عما يجاوره كما اذا غصب خفا وهو
جائز له ان يمسح عليه لان الموجب ستر قدمه والمحظور فيه انما هو في مجاورة وهو صفة كونه مغصوبا وموضعه اصول الفقه باب الجمعة
مناسبة هذا الباب بما قبله ان كلا منهما تنتصف بواسطة الاول بواسطة السفر والثاني بواسطة الخطبة الا ان الاول متناول كل ذوات الاربع والثاني
خاص في الظهر والخاص بعد العام لان التخصيص يعتمد العموم والجمعة من الاجتماع كالفرقة من الافتراق اسكن عند اهل اللسان والقران العظيم وهي
فريضة بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا
البيع امر بالسعي الى ذكر الله والخطبة التي هي شرط جواز الجمعة والامر للوجوب واذا كان السعي اليها واجبا كان ما هو المقصود وهو الجمعة اولى واكد ذلك
بتحريم المباح ولا يكون الا لامر واجب تقتضي الحكمة واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم واعلموا ان الله كتب عليكم الجمعة في يومي هذا في شهري هذا في
مقامي هذا فمن تركها تهاونا بها واستخفافا بحقها وله امام جائر او عادل الا فلا صلاة له الا فلا زكاة له الا فلا صوم له الا ان يتوب فمن تاب تاب
الله عليه واما الاجماع فلان الامة قد اجتمعت على فرضيتها وانما اختلفوا في اصل الفرض في هذا الوقت على ما يجيء واما المعقول فلانا امرنا بترك
الظهر لاقامة الجمعة والظهر فريضة لا محالة ولا يجوز ترك الفريضة الا لفرض هو اكد منه ولها شروط زائدة على شرط سائر الصلوات فمنها ما هو
في المصلي كالحرية والذكورة والاقامة والصحة وسلامة الرجلين والبصر عند ابي حنيفة ومنها ما هو في غيره كالمصر الجامع والسلطان والجماعة والخطبة
والوقت والاظهار حتى ان الوالي لو اغلق باب المصر واجمع فيه بحشمه ولم ياذن للناس بالدخول لم يجزه وقوله قال ولا تصح
الجمعة الا في مصر جامع هذا بيان شروطها الستة في غير المصلي وحد المصر ما روي في الجامع بقوله كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود المصر
والمراد بالامير والي يقدر على انصاف المظلوم من الظالم وانما قال ويقيم الحدود بعد قوله وينفذ الاحكام لا يستلزم اقامة الحدود فان المراة اذا
كانت قاضية تنفذ الاحكام وليس لها ان تقيم الحدود وكذلك المحكم واكتفى بذكر الحدود عن القصاص لانها تعتبر ثانيا في عامة الاحكام فذكر احدهما
كان مغنيا عن ذكر الاخر وعنه اي عن ابي يوسف انهم اذا اجتمعوا اي اجتمع من تجب عليه الجمعة لا كل من سكن في ذلك الموضع من الصبيان والنساء والعبيد
لا من تجب عليهم يجتمعون فيه عادة قال ابن شجاع احسن ما قيل فيه اذا كان اهلها بحيث لو اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم ذلك حتى احتاجوا
الى مسجد اخر للجمعة وهذا الاحتياج غالبا عند اجتماع من عليه الجمعة والاول اختيار الكرخي وهو ظاهر الرواية وعليه اكثر الفقهاء والثاني
اختيار ابي عبد الله البلخي وعن ابي يوسف رواية اخرى غير هاتين الروايتين وهو كل موضع يسكن فيه عشرة الاف نفر فكان له عنه ثلاث
روايات قوله والحكم غير مقصور يعني جواز اقامة الجمعة ليس مختصر في المصلى بل يجوز في جميع افنية مصر لانها اي الافنية بمنزلة
المصر في حوائج اهله ولو قال من هذا التعليل تعريف للفناء وهو ما اعد لحوائج المصر فنا الدار وفنا كل شيء كذلك وقد ذكر شيخ
الاسلام شمس الايمة السرخسي فنا المصر بالغلوة اعتبارا بما ذكره محمد في النوادر وقال ان فنى المصر ليس بشرط ولا فناؤه بل كل قرية
يسكنها اربعون من الرجال الاحرار لا يظعنون عنها صيفا ولا شتاء يقام فيها الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل ولما
روي ان اول جمعة جمعت في الاسلام بعد المدينة ما جمع بجواثا وهي قرية من قرى عامر بن قيس بالبحرين وكتب ابو هريرة الى عمر رضي
الله عنهما يسأله عن الجمعة بجواثا فكتب اليه ان جمع بها وحيث ما كنت والجواب انه عليه السلام قال لا جمعة الا في مصر جامع ينبغي اقامتها في القرى
والصحابة رضي الله عنهم حين فتحوا الامصار والقرى ما اشتغلوا بنصب المنابر وبناء الجمع الا في الامصار والمدن وذلك اتفاق
منهم على ان المصر من شرائط الجمعة والاية ليست بحجة لان المكان مضمر فيها بالاجماع حتى لا يجوز اقامة الجمعة في البوادي بالاجماع فنحن نضمر
المصر وهو يضمر القرية وجواثا مصر بالبحرين وتسمية الراوي قرية لا ينفي ما ذكرنا لان اسم القرية مطلق على البلدة قوله وتجوز
يعني اقامة الجمعة هذا اذا كان الامام امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا وانما قيد بكونه مسافرا لاحد امرين اما للتنبيه
على انه لو كان مقيما كان بالجواز اولى واما لنفي توهم ان الخليفة اذا كان مسافرا لا يقيم الجمعة كما اذا كان امير الموسم مسافرا
وفيه اشارة الى ان الخليفة والسلطان اذا طاف في ولايته كان عليه الجمعة في كل مصر يكون فيه الجمعة لان امامة غيره انما تجوز
بامره فامامته اولى وان كان مسافرا قوله لانها يعني منى على تاويل القرية ويجوز ان يكون التانيث باعتبار الخبر لان تقديره لانها قرية
من القرى يعني انها ليست بمصر ولا من فنائه لزيادته على الغلوة ولهذا لا يعتد بها فلا يقام فيها الجمعة ولهذا انما يتمصر في ايام الموسم
لاجتماع شرائط المصر من السلطان والقاضي والابنية والاسواق وعدم التعييد اي وعدم اقامة صلاة العيد للتخفيف لاشتغال
الحاج باعمال المناسك من الرمي والذبح والحلق في ذلك اليوم لا لعدم المصرية ولا جمعة في عرفات في قولهم جميعا والفرق ان عرفات فضا
وبمنى فيه ابنية قوله اما امير الموسم فيلي امور الحاج لا غير يشير الى انه لو استعمل على مكة يقيم الجمعة بمنى لان له الولاية حينئذ وقيل
ان كان من اهل مكة يقيمها وان استعمل على الموسم خاصة وان لم يكن من اهلها لا يقيم عندهما ايضا قوله ولا يجوز اقامتها الا

للسلطان اي الوالي الذي لا والي غيره فوقه وكان ذلك الخليفه اولمن امره السلطان وهو الامير او القاضي او الخطبا وقال
الشافعي ليس ذلك بشرط لما روي ان عثمان حين كان محصورا بالمدينه صلي علي الجمعه بالناس ولم يروا انه صلي بامر عثمان وكان الامر بيده
ولنا ان الجمعه تقام بجمع عظيم لكونها جامع الجماعات وقد تقع المنازعه في التقدم بان يقول شخص انا اتقدم وغيره يقول انا اتقدم
وفي التقديم بان تقدم طايفه شخصا واخري اخر وقد يقع في غيره اي في غير التقدم والتقديم من اذ يسبق الي الجامع
في اول الوقت واداه فلا بد منه اي من السلطان او من امره تتميما لامره واثر علي ليس بحجه لجواز ان ذلك بامر عثمان سلمنا ولكن انما
فعل لان الناس اجتمعوا عليه وعند ذلك يجوز لان الناس احتاجوا الي اقامة الفرض فاعتبر اجماعهم قال ومن شرايطها
الوقت اي ومن شرايط الجمعه الوقت وهو وقت الظهر فتصح فيه ولا تصح بعده لما روي ان النبي عليه السلام لما بعث مصعب بن عمير الي
المدينه قبل هجرته قال له اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعه ولو خرج وهو فيها اي الامام في صلاة الجمعه استقبل الظهر لا تنبيه عليها لاختلافهما
اي لاختلاف الظهر والجمعه بدليل تخير العبد اذا اذن له مولاه بالجمعه بين ان يصلي الظهر والجمعه مع معني الرفق في الجمعه بالعله ولولم يكونا
مختلفين لما تخير كالحج فانه المدبر حيث تخير للاقل علي مولاه من الاكثر او القيمه بلا اختيار لاتحادهما في الماليه وبنا فرض علي تحريمه فرض اخر
لا يصح في اصح الروايات قوله ومنها اي من شرايط الجمعه الخطبه وهي اسم لما يخطب به وانما كانت شرطا لان النبي عليه السلام ما
صلاها بدون الخطبه في عمره وفيه بحث اما اولا فان يقال الخطبه اما ان يكون ركنا او لا يكون شرطا لانها اقيمت مقام ركعتي الظهر وذلك
ركن فكذلك ما قام مقامه فلا ينافي ذلك الطهاره ولانها لم يشترط فيها بقاوها حالة الادا ولو كانت شرطا لكان يراعي وجودها حال الادا كاشتراط
قيام الطهاره وستر العوره واما ثانيا فلانها اذا كانت شرطا كانت من ضروريات صلاة الجمعه لان شرط الشي لازم له والحديث يدل علي
دوام وجوده والدوام لا يستلزم الضروره الا تري انه صلي الله عليه وسلم لم يصل صلاة بدون سنتها كرفع اليد عند التحريمه
والتكبير عند كل خفض ورفع وغيرهما ولم يكن شي من ذلك شرطا للصلاة والجواب عن الاول انها ليست بركن لان ركن الشي ما يقوم به ذلك
الشي وصلاة الجمعه لا تقوم بالخطبه وانما تقوم باركانها وكانت شرطا لان الله تعالي امر بالسعي اليها بقوله تعالي فاسعوا فتكون واجبه
وليست مقصوده لذاتها لان الله لم يقع لها بل لما هو المقصود وهو صلاة الجمعه حيث قال اذا نودي للصلاة من يوم الجمعه
ولو كانت المقصوده لكان الندا لها اولى انكانتا مقصودتين واذا لم تكن مقصوده لذاتها وهي فرض كانت شرطا لغيرها
وقوله ولو كانت شرطا لكان يراعي قراة الخطبه حال الادا قلنا الشرط وجوده حال الادا وعن الثاني بان الدوام قد يستلزم الضروره
اذا دل الدليل الخارجي علي ذلك وقد قام الدليل هاهنا علي ذلك وهو انا نعلم يقينا ان سقوط الظهر بترك الخطبه والفرض لا يترك لغير الفرض
فكانت فرضا فاما ان تكون فرضا لذاتها او لغيرها لا سبيل الي الاول لما ذكرنا فتعين الثاني وكان لازما من لوازمه وكان شرطا وهي اي
الخطبه قبل الصلاة به وردت السنه وشرطيتها ايضا تقتضي ذلك ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعده مقدار ثلث ايات في ظاهر
الروايه وقال الطحاوي مقدار ما تمس موضع جلوسه الميمنه به جرت التوارث ولفظ التوارث انما يستعمل في امر خطير ذي شرف وقيل
هو حكايه العدل وهذه القعده ليست بشرط عندنا بل للاستراحه وقال الشافعي انها شرط حتي لا يكتفي بالخطبة الواحده لان الطالبه للموازنه
ولنا حديث جابر بن سمره ان رسول الله صلي الله عليه وسلم كان يخطب قايما خطبه واحده فلما اسن جعلها خطبتين يجلس بينهما جلسه ولهذا
نري دليل علي جواز الاكتفا بالخطبة الواحده ويخطب قايما علي طهاره لان القيام فيهما متوارث روي ان ابن مسعود رضي الله عنه لما
سيل عن هذا قال الست تتلوا قوله تعالي وتركوك قايما كان رسول الله صلي الله عليه وسلم يخطب قايما حين انفض الناس عنه
بدخول العير المدينه والذي روي عن عثمان رضي الله عنه انه كان يخطب قاعدا انما فعل ذلك لمرض او كبر في اخر عمره قوله يستحب
فيها الطهاره يعني عن الجنابه والحدث جميعا كالاذان ووجه الشبه به ان الخطبه ذكر لها شبه بالصلاة من حيث انها اقيمت
مقام شرط الصلاة وتقام بعد دخول الوقت كما ان الاذان ايضا ذكر له شبه بالصلاة من حيث انه دعا ويقام بعد دخول الوقت
قيل في عبارته نظر لانه يدل علي ان الاذان شرط الصلاة وليس كذلك وهو غلط لان قوله كالاذان يتعلق بقوله فيستحب فيها الطهاره
لا بقوله وهي شرط الصلاة ولو خطب قاعدا او علي غير طهاره جاز لحصول المقصود وهو الذكر والوعظ وخالف ابو يوسف والشافعي
فيما اذا خطب علي غير طهاره والشافعي وحده اذا خطب قاعدا لمعنيين الاول ان الخطبه بمنزلة شطر الصلاة لما في الاثر وهو ما روي ان عمر
وعايشه رضي الله عنهما قالا انما قصرت الجمعه لمكان الخطبه فكما يشترط الطهاره للصلاة يشترط فيها ولنا في الثاني ان الخطبه قايمه مقام
ركعتين فيشترط فيها ما يشترط في الصلاة والجواب انها ذكر والمحدث والجنب لا يمنعان عن ذكر الله ما خلا القران في حق الجنب وتاويل
الاثر انها في حكم الثواب بشرط الصلاة لا في شرايطها الا انه يكره استثنا من قوله جاز قوله لمخالفة التوارث متعلق بقوله خطب قاعدا
قوله وللفصل بينها وبين الصلاة متعلق بقوله او علي غير طهاره ولم يذكر انه يعيدها اذا كان علي غير طهاره قيل ينبغي ان يعاد استحبابا
كاعادة اذان قوله فان اقتصر علي ذكر الله جل وعز جاز يعني اذا ذكر علي قصد الخطبه فقال الحمد لله او سبحان الله او لا اله الا الله جاز
عند ابي حنيفه واما اذا قال ذلك لعطاس او لتعجب فلا يجوز بالاتفاق وقالا لا بد من ذكر طويل يسمي خطبه وهو مقدار ثلث
ايات عند الكرخي وقيل مقدار التشهد من قوله التحيات لله الي قوله عبده ورسوله لان الخطبه هي الواجبه يعني بالاجماع والتسبيحه
او التحميده او التهليله لا يسمي خطبه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتي يخطب خطبتين تشتمل الاولي علي التحميد والصلاة
علي النبي صلي الله عليه وسلم والوصيه بتقوي الله وقراة ايه وكذلك الثانيه الا ان فيها بدلا الا الدعا للمومنين والمومنات

اعتبار

اعتبارا للتوارث فانه جري هذا من لدن رسول الله صلي الله عليه وسلم ولابي حنيفه رحمه الله قوله تعالي فاسعوا الي ذكر الله والمراد
به الخطبه باتفاق المفسرين وقد اطلق عليها الذكر من غير فصل بين قليل وكثير فالزياده نسخ وما روي عن عثمان رضي الله عنه
انه لما صعد المنبر اول الجمعه وقال الحمد لله فارتج عليه علي بنا المفعول وتخفيف الجيم اي اغلق فنطق وكان بمحضر من
الصحابه رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد فدل علي ان هذا المقدار كاف قال ومن شرايطها الجماعه الجماعه شرط
الجمعه بالاجماع والاختلاف في العدد فعند ابي حنيفه اقلهم ثلثه سوي الامام وعندهما اثنان سواه قال المصنف والاصح
ان هذا قول ابي يوسف وحده له ان في المثني معني الاجتماع لان فيه معني اجتماع واحد بواحد والجمعه مسلمه عن معني الاجتماع
لان فيه اجتماع واحد بواحد فلما ذكر ان الجمعه مسلمه من الجماعه وفي الجماعه اجتماع لا محاله ولهما اي لابي حنيفه ومحمد رحمهما الله
ان الجمع الصحيح انما هو الثلث يعني سلمنا ان الجمعه مشتقه عن الجماعه لكن الخطاب ورد بالجمع وهو قوله تعالي فاسعوا الي ذكر الله
والجمع الصحيح هو الثلث لكونه جمعا تسميه ومعني فان قيل فعلي ما قال ابو يوسف كذلك لانه يعتبر مع الامام ثلثه اجاب بقوله والجماعه
شرط علي شرط علي حده وكذلك الامام فلا يعتبر الامام من الجماعه وذلك لان قوله تعالي فاسعوا الي ذكر الله يقتضي ثلثه وقوله
الي ذكر الله يقتضي ذاكرا فذلك اربعه ويجب ان يكونوا كلهم ممن يصلح اماما حتي اذا كان احدهم صبيا او مجنونا لا يجوز
وكما هي الايه ما دون الثلث نفي اشتراط الاربعين لعدم دلالة عليه بيقين قوله فان نفر الناس اعلم ان الناس ان
نفروا قبل شروعهم في صلاة الجمعه مع الامام لا يصلي الجمعه بالاتفاق ويصلي الظهر وان نفروا بعده فان كان قبل تقييد
الركعه بسجدة استقبل الظهر عند ابي حنيفه رحمه الله وبني عليها علي الجمعه عندهما وان كان بعده بني عليها عندهم خلافا
لزفر فانه يقول انها شرط الادا فلا بد من دوامها كالوقت والامام ليس بشرط بالاتفاق ولو كانت شرطا لما تعقدت لاشتراط ذلك
وكان كالوقت ودوامها شرط لصحة الجمعه فكذا دوامها ولم يوجد اذا نفروا بعد السجود ولهما انها شرط الانعقاد لان الاداء ينفك
عنها كما في المسبوق واللاحق وما هو كذلك لا يشترط دوامها كالخطبه فان دوامها الي تقييد الركعه بالسجده غير شرط بالاتفاق
وابو حنيفه يقول نعم شرط الانعقاد لكن كما ذكرتم والانعقاد انما هو بالشروع في الصلاة والصلاة لا تتم الا بتمام
الركعه لان ما دونها ليس بصلاة لكونه في محل الرفض الفرض كما تقدم فلا بد من دوامها اليها اي من دوام الجماعه الي الركعه
بحذف المضاف الي تمام الركعه قوله بخلاف الخطبه جواب عن قياسهما الجماعه بها ووجهه ان الخطبه تنافي الصلاة فان الامام
هو الذي يخطب ولا يمكنه ان يخطب في الصلاة بالصلاة فلا اشتراط دوامها وقوله ولا معتبر ببقا النسوان ظاهر قوله
ولا تجب الجمعه علي مسافر واضح قوله لا اثم بتخلفه يعني الحرج معناه ان السقوط فرض السعي عنهم لم يكن يعني في الصلاة بل للحرج
والضرر فاذا تحملوا التحقوا في الادا بغيرهم وصاروا كالمسافر صام قوله ويجوز للمسافر واضح وقوله فاشبه الصبي يعني
في ان الجمعه ليست بفرض عليهم ولو ام الصبي فيها لم يجز فكذا من اشبهه ولنا ان هذه اي سقوط الجمعه عنهم وانث الاشارة
بالخبر وهو رخصه لان الخطاب عام فيتناولهم والا لما عذروا دفعا للحرج عنهم فاذا حضروا ايقع فرضا علي ما بيناه
يعني قوله لا اثم بتخلفه واذا تحملوه يقع فرضا لانه لو لم يقع فرضا لكان ما فرضنا لدفع الحرج حرجا وذلك دفع باطل اما الصبي
فمسلوب الاهليه فلم يتناوله الخطاب والمراة لا تصلح لامامة الرجال وقوله وتنعقد بهم اي بالمسافر والعبد والمريض
الجمعه اشاره الي رد قول الشافعي رحمه الله انهم ولا يصلحون اماما لكن لا يعتد بهم في العدد الذي تنعقد بهم الجمعه
وذلك لانهم لما صلحوا للامامه كانوا ان يصلحوا للاقتدا اولي وقوله ومن صلي الظهر في منزله ظاهر وقوله لانه
عنده الجمعه هي الفريضه اصاله لانه مامور بالسعي اليها منهي عن الاشتغال بالظهر ما لم يتحقق فوت الجمعه وهذه صورة
الاصل والبدل ولا مصير الي البدل مع القدرة علي الاصل وهي ثابته لان فواتها انما يكون بفراغ الامام عن الصلاة ولم
المسله قبل ذلك ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق الناس كافه لان التكليف بحسب القدره والمكلف بالصلاة في
هذا الوقت متمكن بنفسه من ادا الظهر دون الجمعه لتوقفها علي شرايط لا يتم به وحده فكان التكليف بالجمعه تكليفا بما
ليس في الوسع الا انه امر باسقاط الظهر باداء الجمعه عند استجماع شرايطها فكان العدول عنها مع القدرة مكروها قوله
هذا هو الظاهر تلويح منه الي غيره ذلك فانه نقل عن محمد ان فرض الوقت الجمعه وله اسقاطها بالظهر وروي عنه انه قال
لا ادري ما اصل فرض الوقت في هذا اليوم ولكنه يسقط الفرض عنه باداء الظهر او الجمعه يريد به ان اصل المفروض احدهما
لا بعينه ويتعين بفعله ولكن ظاهر الروايه عن العلما الثلاثه ما ذكره في الكتاب وقوله فان بدا له اي بدا لمن صلي
الظهر في منزله قبل صلاة الامام ان يحضرها فتوجه والامام فيها فاما ان يدرك الجمعه مع الامام او لا
فان ادرك الصلاة انتقض ظهره وانقلب نفلا وهذا لم يذكر في الكتاب وان لم يدركه بطل ظهره عند ابي حنيفه بالسعي
وقالا لا يبطل حتي يدخل مع القوم وانما لم يذكر القسم الاول لانه يفهم من اشارة هذا القسم لانه يشير الي ان الامام مع
الامام ليس بشرط لنقض الظهر عنده بل الدخول كاف واذا كان الدخول ينقض فالاتمام اولي لان السعي دون الظهر اذ
هو ليس بمقصود بنفسه بل هو وسيله الي ادا الجمعه والظهر فرض مقصود وما هو دون الشي لا ينقضه بعد تمامه والجمعة
فوقه لانه امر باسقاطه بالجمعه فجاز ان ينقضه وانما اثبت النقض في الكتاب بالسعي وقبل الصلاة واذا لم يكن التوجه ناقضا لضعفه

كان كما كان اذا توجه بعد فراغ الامام ولابي حنيفة رحمه الله ان السعي وهو المشي لا سراعا الى الجمعة من خصايصها لكونها صلاة
مخصوصة بمكان لا يمكن الاتيان بها الا بالسعي اليها وكان السعي مخصوصا بها بخلاف ساير الصلوات لان اداءها صحيح في كل مكان
واذا كان من خصايصها كان الاشتغال به كالاشتغال بركن من اركانها بجامع الاختصاص فيوثر في ارتفاض الظهر احتياطا
اذ الاقوى محتاط لا سابه ما لا يحتاط لاثبات الاضعف واعترض بان السعي الموصل الى الجمعة مامور به وهذا السعي ليس بموصل
سلمناه ولكنه ضعيف لكنه وسيلة فلا يرفض القوي سلمناه لكن الظهر انما يبطل في ضمن اداء الجمعة لان بعض العبادة فقد
احرام فان لم يوجد لم ينتقض سلمناه لكنه ينتقض بمسئلة القارن اذا وقف بعرفات او كف قبل ان يطوف لعمرته فانه يصير
رافضا لها ولو سعى الى عرفات لا يصير به رافضا لعمرته واجيب عن الاول بان الحكم دار مع الامكان لكون الامام في الجمعة
والادراك ممكن باقدار الله تعالى وعن الثاني بانه لما نزل منزلتها صار قويا وهو الجواب عن الثالث لانه صار الابطال في
ضمنه كالابطال في ضمنها وعن الرابع بانه لا نقض على وجه القياس لانها اي العمرة والظهر سواء في الارتفاض فيه واما
في الاستحسان فلانه انما لا يرتفض العمرة لكون السعي فيها منهيا عنه قبل طواف العمرة فضعف في نفسه والسعي الى الجمعة
مامور به وكان في نفسه قويا ولا يلزم من ابطال القوي ابطال الضعيف قوله بخلاف ما بعد الفراغ منها جواب عن قياسهما
وهو واضح وقوله ويكره ان يصلي المعذور الظهر بجماعة الى اخره ظاهر قال ومن ادرك الامام يوم الجمعة اذا ادرك
الامام يوم الجمعة في صلاة الجمعة راكعا في الركعة الثانية فهو مدرك لها بالاتفاق وان ادركه بعدما رفع راسه من الركوع فكذلك
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويبني عليها الجمعة لقوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا اذ لا شك ان المراد
ما فاتكم من صلاة الامام بدليل قوله ما ادركتم فصلوا فان معناه من صلاة الامام والذي فات من صلاة الامام هو الجمعة
فيصلي المأموم الجمعة ولذا ان ادركه في التشهد او في سجود السهو عندهما وقال محمد ان ادرك مع الامام اكثر الركعة الثانية
بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ولهذا لا يتأدى الا بنية الجمعة ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط
وهو الجماعة فيما سبق الى كونه ظهرا يصلي اربعا ويقعد على راس الركعتين نظرا الى كونه جمعة ويقرا في الاخريين لاحتمال
النفلية وكان ذلك اعمال الدليلين وهو اولى من اهمال احدهما ولهما انه مدرك بجمعة في هذه الحالة لانه لا بد له من نية الجمعة
حتى لو نوى غيرها لا يصح اقتداؤه ومدرك الجمعة لا يبني الا على الجمعة ولا وجه لما ذكره من اعمال الوجهين لانهما صلاتان مختلفتان
فكيف يصح بناء احدهما على تحريمة الاخرى وعورض بانا قد ذكرتم تجويز الجمعة مع عدم شرطها وذلك فاسد لان الشيء ينتفي عند انتفاء
شرطه واجيب بان وجوده في حق الامام وجعل وجودا في حق المسبوق كما في القراءة فاما الجمع بين صلاتين مختلفتين بتحريمة واحدة
فيما لا يوجد بحال والقول بما يوجد بحال اولى منه بما لا يوجد بحال فان قيل قد استدل لهما في اول الباب بالحديث وهو اقوى فما وجه قوله بعد ذلك
ولهما انه ادركه قلت لا ينافي به ذلك يجوز ان يستدل به على مطلوب واحد بالمنقول والمعقول او كان الاول استدلالا على ما اذا كان المدرك
اكثر وعند ذلك متفق عليه فليس الاستدلال لهما فقط بل لهم جميعا وكون الحديث يدل على المطلوب الثاني لهما ايضا لا ينافيه فان
قيل قد روي عن الزهري باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من ادرك ركعة من الجمعة فقد ادركها وليضف
اليها ركعة اخرى وان ادركهم جلوسا صلى اربعا وهذا كما ترى يقتضي ما يقول محمد فما وجه ترك الاستدلال به لمحمد قلت ضعيفة
فانه ما رواه الا ضعفاء اصحاب الزهري واما الثقات منهم كمعمر والاوزاعي فقد رووا عنه من ادرك ركعة من صلاة فقد ادركها
واما اذا ادرك ما دونها فحكمه مسكوت عنه ولا دليل عليه وما روي من قوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا الحديث يدل على مدعاهما
فالاخذ به وعلى تقدير ثبوته فتاويله ادركتم جلوسا فسلموا وقوله واذا خرج الامام يوم الجمعة يعني لاجل الخطبة ترك الناس
الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته يريد به ما سوى التسبيح ونحوه على الاصح وقال بعضهم كل كلام وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا باس
بالكلام قبل الخطبة وبعدها قبل التكبير لان كراهة الكلام انما هي باعتبار الاخلال بفرض الاستماع فكونه في نفسه مباحا ولا استماع فلا
اخلال في هذين الوقتين بخلاف الصلاة فانها قد تمتد فيفضي الى الاخلال ولابي حنيفة حديث ابن عمر وابن عباس انهما رويا عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال اذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام والمصير اليه واجب فان قيل المصير اليه واجب اذا لم يكن له معارض وقد روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا نزل عن المنبر سال الناس عن حوائجهم وعن اسعار السوق ثم صلى اجيب بان ذلك كان في الابتداء
حين كان الكلام مباحا في الصلاة وكان يباح في الخطبة ايضا ثم نهي بعد ذلك عن الكلام فيها قوله واذا اذن المؤذنون ذكر المؤذنين
بلفظ الجمع اخراجا للكلام عن العادة مخرج المتوارث العادة فان المتوارث في اذان الجمعة اجتماع المؤذنين ليبلغ اصواتهم الى اطراف
المصر الجامع والاذان الاول هو الذي حدث في زمن عثمان على الزوراء وكان الحسن بن زياد يقول المعتبر هو الاذان على المنارة لانه لو انتظر
الاذان عند المنبر يفوته اداء السنة وسماع الخطبة وربما يفوته الجمعة اذا كان بيته بعيدا من الجامع وكان الطحاوي يقول
المعتبر هو الاذان عند المنبر بعد خروج الامام فانه هو الاصل الذي كان للجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك في عهد ابي
بكر وعمر وهو اختيار شيخ الاسلام والاصح ان المعتبر في وجوب السعي وكراهة البيع هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال لحصول
الاعلام به مع ما ذكرنا في قول الحسن اتفاقا وهو مختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله باب العيدين اي باب صلاة
العيدين لان الكلام في كتاب الصلاة حذف المضاف للعلم به وسمي يوم العيد بالعيد لان لله تعالى فيه عوائد الاحسان الى

عباده

عباده ومناسبتها في صلاة الجمعة في ان كلا منهما صلاة نهارية تؤدى بجمع عظيم بجهر بالقراءة فيها ويشترط لاحدهما ما يشترط
للاخرى سوى الخطبة وتشترطان ايضا في حق التكليف فانها تجب على من تجب عليه الجمعة لا تجب صلاة العيد على مسافر
والعبد والمريض كالجمعة للمعنى الذي ذكرناه في الجمعة فان قيل حال العيد هنا ليست كما في الجمعة اذا اذن له المولى لان الجمعة
خلف وهو الظهر فلم تجب الجمعة وههنا لا خلف وكان الواجب الوجوب اذا اسقط المولى حقه بالاذن اجيب بان منافع العبد
مملوكة بالاذن لا انها عليه مستثناة على المولى فبقي الاذن تكميلا قبله كما في الحج فانه لا يقع عن حجة الاسلام وان حج باذن
مولاه واعاد لفظ الجامع الصغير لمخالفة رواية كرواية القدوري فانه ذكر في القدوري بلفظ الواجب وفي لفظ الجامع بلفظ
السنة والمراد من اجتماع العيدين كون يوم الفطر او الاضحى يوم الجمعة وغلب لفظ العيد لخفته كما في العمرين ولا يترك واحد منهما
اما الجمعة فلانها فريضة واما العيد فلان تركها بدعة وضلال قوله وجه الاول مواظبة النبي عليه السلام عليها في بعض النسخ
وقع بلفظ من غير ترك وهو لا يحتاج الى عناية وفي بعضها ليس كذلك ويحتاج الى ان يقال معناه كذلك وانما تركه اعتمادا على ما ذكر
في اول باب النوافل ولكنه دون المواظبة والمواظبة انما تكون دليل الوجوب اذا كانت عن غير ترك و قوله وجه الثاني ظاهر
قوله ولا يكبر عند ابي حنيفة في المصلى يعني جهرا في الطريق الذي يخرج منه الى عيد الفطر وهذه رواية المعلى عنه وروى
الطحاوي عن استاذه بن عمران البغدادي عنه انه يكبر في طريق المصلى في عيد الفطر جهرا وبه اخذ ابو يوسف ومحمد اعتبارا
بالاضحى وجه الاول ان الاصل في الثناء الاخفاء وورد به الشرع في الاضحى لانه يوم تكبير قال الله تعالى واذكروا الله في ايام معدودات
جاء في التفسير ان المراد به التكبير في هذه الايام ولا كذلك يوم الفطر لانه لم يرد به الشرع وليس في معناه ايضا لان عيد الاضحى اختص
بركن من اركان الحج والتكبير شرع علما على وقت افعال الحج وليس من سول ذلك فان قيل لا نسلم ان الشرع لم يرد به فان
الله تعالى قال ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم اخبر بالتكبير بعد عدد ايام شهر رمضان وروى نافع عن ابن عمر ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم كان يخرج يوم الفطر ويوم الاضحى رافعا صوته بالتكبير وهذا نص في الباب اجيب بان المراد بما في الاية التكبير صوته
في صلاة العيد والمعنى صلوا صلاة العيد وكبروا الله فيها ومدار الحديث على الوليد بن محمد عن الزهري والوليد متروك الحديث
قال ولا يتنفل في المصلى قبل صلاة العيد التنفل في المصلى قبل صلاة العيد في المصلى وغيره مكروه لما في الكتاب
وقد ورد النهي والانكار في ذلك عن الصحابة كما روي عن ابن مسعود وحذيفة انهما كانا ينهيان الناس عن الصلاة قبل الامام
يوم الفطر وروي ان عليا خرج الى المصلى فرآهم يصلون فقال ما هذه الصلاة التي لم نكن نعرفها على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقيل له الا تنهاهم فقال اكره ان اكون الذي ينهى عبدا اذا صلى و قوله خاصة وعامة نصب على الحال من الضمير
الذي في المستوي في الطريق وقوله واذا حلت الصلاة يعني بالحلال عن جوازها لانها كانت حراما قبل ارتفاع الشمس لما مر في الحديث
و قوله لانه عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على قيد اي على قدر رمح او رمحين دليل دخول الوقت و قوله ولما شهدوا
بالهلال دليل خروج الوقت وذلك لانه عليه السلام امر بالخروج الى المصلى من الغد لاجل الصلاة وكان ذلك تاخيرا بلا عذر
ولو لم يخرج الوقت لما فعل ذلك لان الصلاة في وقتها اولى وفعله عليه السلام لا يحمل الا على الاولى منهما امكن وقوله ويصلي
الامام بالناس ركعتين ظاهر وحاصله ان الزوائد عندنا ستة والموالاة في القراءة خلافا له وقوله وعمل العامة اي عمل
الناس كافة بقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء فان الولاية لما انتقلت اليهم امروا الناس بالعمل في التكبيرات بقول جدهم وكتبوا
في مناشيرهم ذلك وعلى هذا صلى ابو يوسف بالناس حين قدم بغداد صلاة العيد وكبر تكبير ابن عباس فانه صلى خلفه هارون
الرشيد وامره بذلك وكذا روي عن محمد لا مذهبا واعتقادا فان المذهب هو القول الاول وهو قول ابن مسعود وهو مذهب
عمر وابي موسى الاشعري وحذيفة وابن الزبير وابي هريرة وابي مسعود الانصاري وكان اولى بالاخذ وقال ابو بكر الاخضاري
الرازي حدث الطحاوي مسندا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى يوم العيد وكبر اربعا ثم اقبل بوجهه حين انصرف فقال
لا تنسوا التكبير الجنائز واشار باصابعه وقبض ابهامه ففيه قول وفعل واشارة الى اصل وتاكيد فلا جرم كان الاخذ به اوجب
واراد بقوله اربع اربع تكبيرات متوالية ولان التكبير ورفع الايدي من حيث المجموع خلاف المعهود في الصلوات وكان
الاخذ بالقليل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر بها وكان كتكبيرة الافتتاح وكان الاصل فيه الجمع لان الجنسية علة
الضم ففي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع
فوجب الضم اليها وقوله والشافعي اخذ بقول ابن عباس الا انه حمل المروي على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر
او ستة عشر ففيه اشتباه لان قوله حمل المروي الا انه يريد به المروي في هذا الكتاب بقوله اولى وقال ابن عباس يكبر في الاولى
للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرا وفي رواية يكبر اربعا وغير ذلك فيه فان كان الثاني كان في الكلام تعقيد يعلو
قدر المصنف عن ذلك وان كان الاول لم يرتق التكبيرات الى ذلك المقدار لان الزوائد فيه تسعة او عشرة وبالاصليات تكون
ثنتي عشرة او ثلث عشرة وايضا قال وظاهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس ثم قال والشافعي اخذ بقول ابن عباس وذلك يقتضي
ان يكون عمل العامة اليوم على خمسة عشر تكبيرة او ستة عشر وليس كذلك وازالته بان يقال روي عن ابن عباس روايتان احديهما
ان يكبر في العيدين ثلث عشرة تكبيرة والاخرى ثنتي عشرة تكبيرة فعملهم على رواية ثنتي عشرة ذلك انما هو باضافة الاصليات لان الاصليات

ثلث تكبيرة الافتتاح وتكبيرة الركوع في الركعتين فاذا اضيف الي خمسة وخمسة واربعة صارت ثنتي عشر تكبيرة فقد عملنا بهما وعلي هذا عمل
العامة اليوم وحمل الشافعي المروي علي الزوايد فاذا اضيف اليه الاصليات صارت خمسة عشر او ستة عشر وكان مراده بالمروي ما روي
عن ابن عباس ولا تعقيد في ذلك لان التفسير المذكور في الكتاب يدل عليه ومعني قوله وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس علي تفسير علمائنا
لا علي ما حمل عليه الشافعي رحمه الله ويظهر من هذا التأويل ان ما عليه عمل اصحابنا انما هو مذهب ابن عباس لا مذهب الشافعي قال في المحيط
عملوا برواية الزيادة في عيد الفطر وفي حق رواية النقصان في عيد الاضحي بالنقصان لاستعجال الناس بالقرابين قوله
ويرفع يديه في تكبيرات العيدين وليس بين التكبيرات ذكر مسنون وعن ابي حنيفة انه يسكت بين كل تكبيرتين بقدر ثلث تسبيحات
لان صلاة العيد تقام بجمع عظيم فلو والي بين التكبيرات لتشتبه علي من كان نائيا عن الامام والاشتباه يزول بهذا المقدار
من المكث وقال في المبسوط ليس هذا القدر بلازم بل يختلف ذلك بكثرة الزحام وقلته لان المقصود ازالة الاشتباه عن القوم
وذلك يختلف بحسب كثرة القوم وقلته وعن ابي يوسف انه لا يرفع يديه لان الرفع سنة للافتتاح والافتتاح في الزوايد فلا رفع كما
في تكبيرة الركوع والحجة عليه ما روينا لان ما قاله قياس ترك بالاثر يأتي بالثنا عقيب تكبيرة الافتتاح قبل الزوايد وكذلك التعوذ
عند ابي يوسف وعند محمد يستعيذ عند القراة قال ثم يخطب بعد الصلاة خطبتين الخطبة في صلاة العيد تخالف
خطبة الجمعة من وجهين احدهما ان الخطبة لا تجوز بلا خطبة بخلاف العيد والثاني انها في الجمعة متقدمة علي الصلاة بخلاف الجمعة تم
العيد ولو قدمها في العيد ايضا جاز ولا يعاد للخطبة بعد الصلاة وما في الكتاب ظاهر قوله ومن فاتته صلاة العيد مع الامام
اي ادركه الامام صلاة العيد ولم يؤدها هو لم يقضها عندنا وقال الشافعي يصلي وحده كما يصلي مع الامام لان الجماعة والسلطان
ليس بشرط عنده وكان له ان يصلي وحده وعندنا هي صلاة لا تجوز اقامتها الا بشرايط مخصوصة من الجماعة والسلطان فاذا فاتها
يعجز عن قضايها فاذا قيل هي قائمة مقام صلاة الضحي ويصلي صلاة الضحي قبل صلاة العيد فاذا عجز عنها يصير الي الاصل كالجمعة
اذا فاتته فانه يصير الي الظهر اجيب بانا ان سلمنا ذلك لا يضرنا لانه اذا عجز عاد الامر الي الاصل المعهود وهو ما ذكرنا قيل هذا يقول وان
شهدوا بالهلال بعد الزوال امر بالخروج الي المصلي الي الغد وما بعده ظاهر قوله والتعريف الذي يصنعه الناس انما قيد بقوله
يصنعه الناس لما انه يجيء لمعان للاعلام والتطيب من العرق وهو التعريج وانشاد الضالة والوقوف بعرفات والتشبه باهل عرفه
وهو المراد ها هنا قوله ليس بشيء اي ليس شيء يتعلق به الثواب لما ذكر في الكتاب وما نقل عن ابن عباس انه فعل ذلك بالبصرة
محمول علي انه كان للدعاء لا تشبها باهل عرفه فصل في تكبيرات التشريق تكبير التشريق لما كان ذكرا خاصا
بالاضحي ناسب ذكره في فصل علي حدة ثم قيل ترجمة الفصل بتكبير التشريق وقع علي قولهما لان شيئا من التكبير لا يقع في ايام التشريق عند
ابي حنيفة ويجوز ان يقال باعتبار القرب اخذا اسمه قال وهذا التكبير التشريق اختلفت الصحابة رضي الله عنهم في ابتدا التشريق
وانتهايه فاما ابتداؤه فكبار الصحابة عمر وعلي وابن مسعود قالوا يبدا بالتكبير بعد صلاة الفجر يوم عرفه وبه اخذ علماؤنا في ظاهر
الرواية وصغارهم كعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت قالوا يبدا بالتكبير من صلاة الظهر من يوم النحر واليه
رجع ابو يوسف في بعض الروايات عنه واما انتهاؤه فقال ابن مسعود صلاة العصر من يوم النحر فعنده ثمان صلوات
يكبر فيها وبه اخذ ابو حنيفة وقال علي وابن عمر في احدي الروايتين عنه صلاة العصر من اخر ايام التشريق فيكون ثلث وعشرين
صلاة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد ووجه كل من ذلك ما ذكره في الكتاب وذكر في الخلاصة ان ايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة ويمضي
ذلك في اربعة ايام فان العاشر من ذي الحجة نحر خاص والثالث عشر تشريق خاص واليومين فيما بينهما للنحر والتشريق
قوله هو الماثور عن الخليل عليه قيل اصل ذلك ما روي ان جبريل عليه السلام لما جا بالقربان خاف العجلة علي ابراهيم فقال الله
اكبر الله اكبر فلما راه ابراهيم قال لا اله الا الله والله اكبر فلما راه اسماعيل بالفدا قال الله اكبر ولله الحمد فبقي في الاخر سنة
اما سنة او واجبا علي ما يذكر وروي ابن مسعود ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال افضل ما قلت وقالت الانبيا قبلي
يوم عرفه الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد قوله مرة واحدة احتراز عن قول الشافعي فانه يذكر التكبير
ثلث مرات وله في ذكر التهليل بعده قولان وقوله وهو بعد الصلوات المفروضات علي المقيمين يشير الي انه اختار في
كونه واجبا وهو اختيار فخر الاسلام وصدر الاسلام والاصل فيه قوله تعالي واذكروا الله في ايام معدودات فانه جاء في التفسير
ان المراد به ايام العشر فيكون واجبا عملا بالامر وذهب بعضهم الي انه سنة قال الامام التمرتاشي تكبير التشريق سنة وبه اخذ
قال الشافعي ومالك وابو حنيفة رحمهم الله وفي قوله عقيب الصلوات اشارة الي انه يكون لا يجوز ان يتخلل ما يقطع به حرمة الصلاة حتي
لو قام وخرج من المسجد او تكلم لم يكبر وفي قوله المفروضات اشارة الي انه لا يكبر بعد الوتر وصلاة العيد والنافلة وقيد بالاقامة
لان المسافر لا يكبر الا اذا اقتدي بمقيم وقيد بالامصار لانه لا يكبر في القرى وقيد بالجماعات لانه لا يكبر علي المنفرد وقيد بالمستحبة
احترازا عن جماعة النسا فانه لا تكبير عليهن اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو واجب علي كل من صلي المكتوبة لانه تبع لها وله
ما روينا من قبل يريد به ما ذكر في اول باب الجمعة وهو قوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحي الا في مصر جامع فان
قيل هذه التكبيرات شرعت تبعا للمكتوبات فكيف يشترط لها ما يشترط للمتبوع قلنا بالنص علي خلاف القياس واختلف
المشايخ في اشتراط الحرية علي قوله فمنهم من شرطها قياسا علي الجمعة والعيد ومنهم من لم يشترطها قياسا علي سائر الصلوات وفايدة
نظر

تظهر فيما اذا ام العبد صلاة مكتوبة في هذه الايام فمن شرطها يوجب التكبير ومن لم يشترط اوجبه قال يعقوب صليت بهم المغرب
فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة دل اي قول ابي يوسف علي ان الامام وان ترك التكبير لا يدعه المقتدي لما ذكره في الكتاب بخلاف سجود
السهو فانه اذا تركه الامام لا يسجد المقتدي لانه يؤتي به في حرمة الصلاة بخلاف التكبير ولكن انما يكبر القوم قبل الامام اذا وقع الناس
عن تكبير الامام بان قام فقيل كما ذكر في هذه الحكاية فوايد منها بيان منزلته عند استاذه حيث قدمه ومنها بيان حرمة استاذه
في قلبه فانه لما علم ان المقتدي به استاذه سهي عما لا يسهو المرء عنه عادة وهو التكبير ومنها مبادرة استاذه الي الستر
عليه حيث كبر ليتذكر هو فيكبر وهذا ينبغي ان يكون للمعاملة بين كل استاذ وتلميذه يعني ان التلميذ يعظم الاستاذ والاستاذ
يستر عليه عيوبه والله اعلم بالصواب باب صلاة الكسوف صلاة الكسوف صلاة الكسوف حسنة كصلاة العيد
لانها يؤديان بالجماعة في النهار بغير اذان واقامة وأخرها عن العيد لان صلاة العيد واجبة في الاصح علي ما مر يقال كسفت الشمس
تكسف كسوفا وكسفها الله كسفا يتعدي ولا يتعدي قال جرير يرثي به عمر بن عبد العزيز رحمه الله الشمس طالعة ليست بكاسفة
تبكي عليك نجوم الليل والقمرا قيل معناه ليست تكسف ضوء النجوم مع طلوعها ولكن لقلة ضوءها وبكاءها عليك لم يظهر لها نور وقيل
معناه يغلب النجوم في البكاء يقال باكيته فبكيته اي غلبته في البكا اي هي مشروعة اجمعت الامة علي ذلك وسبب شرعيتها الكسوف
ولهذا اضاف اليه وشرايطها شروط سائر الصلوات وهي سنة لان رسول الله صلي الله عليه وسلم صلاها وكيفية ادايها ان يصلي
امام الجمعة في الجامع او المصلي في الاوقات المستحبة بالناس ركعتين كهيئة النافلة بلا اذان ولا اقامة بركوع واحد وقال
الشافعي رحمه الله اذا انكسفت في وقت مكروه او غيره تؤدي الصلاة جامعة وصلي الامام بالناس ركعتين يقرا في الاولي بفاتحة
الكتاب وسورة البقرة ان حفظها والا فما يعدلها من غيرها ثم يركع ويمكث في ركوعه مثل ما مكث في قيامه هذا ثم يرفع راسه ثم يسجد
سجدتين ثم يقوم فيمكث في قيامه ويقرا فيه مقدار ما قرا في القيام الاول من الركعة الاولي ثم يركع ويمكث في ركوعه مثل مكثه
في هذا القيام ثم يقوم ويمكث في قيامه مثل ما مكث في الركوع ثم يركع ثانيا ويمكث فيه مثل ما مكث في قيامه ثم يرفع راسه ويقوم
مثل ثلثي قيامه الاول من هذه الركعة ثم يسجد سجدتين ويتم الصلاة واحتج علي ذلك بحديث عايشة رضي الله عنها ان رسول
الله صلي الله عليه وسلم صلي صلاة الكسوف ركعتين باربع ركوعات واربع سجدات ولنا حديث عبد الله بن عمر والنعمان بن بشير
وابي بكرة وسمرة بن جندب رضي الله عنهم بالفاظ مختلفة ان النبي صلي الله عليه وسلم صلي في كسوف الشمس ركعتين كاطول صلاة كان
يصليها فانجلت الشمس مع فراغه منها واذا تعارضت الروايتان كان الترجيح لرواية ابن عمر لان الحال انكشف علي الرجال لقربهم
وتاويل ما رواه ما ذكره محمد في صلاة الاثر قال يحتمل ان النبي صلي الله عليه وسلم اطال الركوع علي قدر ركوع سائر الصلوات فرفع زيادة م
اهل الصف الاول رؤوسهم ظنا منهم انه عليه السلام رفع راسه من الركوع ومن خلفهم رفعوا رؤوسهم فلما راي اهل الصف الاول
رسول الله صلي الله عليه وسلم راكعا ركعوا ومن خلفهم ركعوا فلما رفع رسول الله صلي الله عليه وسلم راسه من الركوع رفع القوم رؤوسهم
ومن كان خلف الصف الاول ظنوا انه ركع ركوعين فرووا علي حسب ما وقع عندهم ومثل هذا الاشتباه قد يقع لمن كان في
اخر الصفوف وعايشة رضي الله عنها كانت واقفة في صف النساء فان قيل قد روي حديثه من الرجال ابن عباس وقد
كان في صفهم اجيب بانه كان في صف الصبيان في ذلك الوقت قوله ويطول القراءة فيهما اي في الركعتين وقوله
فبيان الافضل لان فيه متابعة النبي صلي الله عليه وسلم فانه صح ان قيام رسول الله صلي الله عليه وسلم كان في الركعة الاولي
بقدر سورة البقرة وفي الثانية بقدر سورة ال عمران قوله فلهما رواية عايشة فانها روت ان رسول الله صلي الله عليه وسلم
قرا قراءة طويلة يجهر بها يعني في صلاة الكسوف وله رواية ابن عباس وسمرة بن جندب رضي الله عنهم انه لم يسمع من قراءته
حرفا والترجيح قد مر من قبل يعني قوله والحال انكشف علي الرجال لقربهم فان قيل ذكر في المبسوط ان علي رضي الله عنه
روي حديثهما فان صح ذلك فما جوابه اجيب بان الجواب بالرجوع الي الاصل فانها صلاة نهارية والاصل فيها الاخفا قال
صلي الله عليه وسلم النهار عجما وقد تقدم ذلك قوله ويدعوا بعدها اي بعد صلاة الكسوف ان شا جالسا مستقبل القبلة وان
شا قايما وان شا يستقبل القوم بوجهه والقوم يؤمنون قوله ومن هذه الافزاع الفزع الخوف وكلامه واضح وقوله فان لم
يحضر يعني الامام صلي الناس فرادي ان شاؤوا ركعتين وان شاؤوا اربعا لان هذا تطوع والاصل في التطوعات ذلك
وقوله تحرزا عن الفتنة اي فتنة التقدم والتقدم والمنازعة فيه وقوله وليس في كسوف القمر جماعة عاب اهل الادب محمدا
في ذلك اللفظ وقالوا انما يستعمل في القمر الخسوف قال الله تعالي فاذا برق البصر وخسف القمر وقال في المغرب يقال كسفت الشمس
والقمر جميعا وقوله فافزعوا الي الصلاة الحديث روي ابو يوسف الانصاري رضي الله عنه قال انكسفت الشمس يوم مات
ابراهيم ولد النبي صلي الله عليه وسلم فقال الناس انما انكسفت لموته فقال عليه السلام ان الشمس والقمر ايتان من ايات الله تعالي
لا ينكسفان لموت احد ولا لحياته فاذا رايتم شيا من هذه الاهوال فافزعوا الي الصلاة اي التجيوا اليها فان قيل الامر للوجوب
للوجوب وكان ينبغي ان تكون صلاة الكسوف واجبة قلنا قد ذهب الي ذلك بعض اصحابنا واختاره صاحب الاسرار والعامة ذهبوا
الي كونها سنة لانها ليست من شعاير الاسلام فانها توجد بعارض لكن صلاها النبي صلي الله عليه وسلم وكانت سنة والامر للندب
وقوله وليس في الكسوف اي كسوف الشمس والقمر خطبة وقال الشافعي في كسوف الشمس يخطب بعد الصلاة خطبتين كما في العيدين

لما روت عائشة رضي الله عنها قالت خسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ثم خطب فحمد الله واثنى عليه ولنا انه لم ينقل وذلك دليل على انه لم يفعل وان صح فتاويله انه عليه السلام خطب لان الناس كانوا يقولون كسفت لموت ابراهيم فاراد ان يرد عليهم

باب صلاة الاستسقا

اخر صلاة الاستسقا عن صلاة الكسوف لان صلاة الكسوف سنة وقال ابو حنيفة رحمه الله ليس في الاستسقا صلاة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقا الدعا والاستغفار لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السما عليكم مدرارا روي ان قوم نوح عليه السلام لما كذبوه بعد طول تكرير الدعوة حبس الله عليهم المطر واعقم ارحام نسايهم اربعين سنة وقيل سبعين سنة فوعدهم انهم ان امنوا رزقهم الله الخصب وازاح عنهم ما كانوا عليه ووجه الاستدلال به ان شرايع من قبلنا شرايع لنا اذا اقتص الله ورسوله من غير انكار ومنه اخذ ذلك ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم يرو عنه صلاة وانما المروي عنه عليه السلام في ذلك الدعا روي انس رضي الله عنه ان الناس قد قحطوا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل رجل من باب المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب فقال يا رسول الله هلكت المواشي وخشينا الهلاك على انفسنا فادع الله ان يسقينا فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه فقال اللهم اسقنا غيثا مغيثا هنيا مريا غدقا مغدقا عاجلا غير رايث قال الراوي ما كان في السما قزعة فارتفعت السحاب من هنا ومن هنا حتى صارت كاما ثم مطرت سبعا من الجمعة الى الجمعة ثم دخل ذلك الرجل والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب والسما تسكب فقال يا رسول الله تهدم البنيان وانقطع السبل فادع الله ان يمسكه فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم لملالة بني ادم قال الراوي والله ما نرى في السما خضرا ثم رفع يديه فقال اللهم حوالينا ولا علينا اللهم على الاكام والظراب وبطون الاودية وبطون الشجر فانجابت السحابة عن المدينة حتى صارت حولها كالاكليل ولم يذكر غير الدعا وقالا يصلي الامام ركعتين لما روي انه عليه السلام صلى فيها ركعتين كصلاة العيد في الجهر في القراة والصلاة بلا اذان واقامة رواه ابن عباس قلنا ان ثبت ذلك دل على الجواز ونحن لا نمنعه وانما الكلام في انها سنة اولا والسنة ما واظب النبي صلى الله عليه وسلم عليه وها هنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن فعله اكثر من تركه حتى يكون مواظبة فلا يكون سنة فان قيل كلام المصنف حينيذ متناقض لانه قال اولا ولم يرو عنه الصلاة ثم قال لما روي عنه والجواب ان المروي لما كان شاذا فيما تعم به البلوى جعله كانه غير مروي وقوله وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده يعني ان ابا يوسف مع ابي حنيفة وهكذا ذكر في المبسوط والمحيط وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد كما ذكر في الكتاب قوله ويجهر فيهما بالقراة اتفقا على الجهر بالقراة اعتبارا بصلاة العيد واختلف في الخطبة فقال محمد هي كخطبة العيد وقال ابو يوسف خطبة واحدة وبكل ذلك ورد الحديث ولا خطبة عند ابي حنيفة لانها تبع الجماعة ولا جماعة عنده قال ابن عباس رضي الله عنهما خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم متبذلا متواضعا متضرعا حتى اتى المصلى فرقي على المنبر فلم يخطب خطبتكم هذه ولكن لم يزل في الدعا والتضرع والتكبير ويستقبل القبلة لما روي انه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك روي عن ابي يوسف انه قال ان شا رفع يديه في الدعا وان شا اشار باصبعه ويقلب رداه وصفة التقليب ان كان الردا مربعا ان يجعل اعلاه اسفله واسفله اعلاه وان كان مدورا بان كان جبة يجعل الايمن ايسر والايسر ايمن وقوله لما روينا يريد به ما روي انه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداه قال المصنف رحمه الله هذا قول محمد واما عند ابي حنيفة فلا يقلب ولم يذكر قول ابي يوسف لانه مضطرب ذكر الحاكم مع ابي حنيفة والكرخي مع محمد وقوله لانه اي الاستسقا دعا وليس في شي من الادعية قلب ردا فكذا هذا وقوله وما رواه كان تفاولا جواب عن استدلالهم بالحديث ومعناه ان النبي صلى الله عليه وسلم غير الهيية لتغير الحال يعني غيرنا ما كنا عليه فغير اللهم الحال وفي كلامه نظر من وجهين احدهما انه تعليل في مقابلة النص وهو باطل والثاني انه عليه السلام تفال بذلك فليتفال كل من عمل بذلك تاسيا به صلى الله عليه وسلم والجواب عن الاول انه ليس تعليلا في مقابلة النص بل من باب العمل بالقياس بعد تعارض النصين وذلك لان ما رواه محمد يدل على القلب وما رواه انس رضي الله عنه يدل على انه لا تحويل فيه فتعارضا فصير الى ما بعدهما من الحجة وهو القياس والمصنف لم يتعرض لذكره لتقدم ذكره وعن الثاني بان النبي صلى الله عليه وسلم يجوز ان يكون علم بالوحي ان الحال يتقلب الى الخصب متى انقلب الردا وهذا امر لا يتاتى من غيره فلا فايدة في التاسي لكن مراعيها ينفيه القياس وقوله ولا يقلب القوم ارديتهم قيل هو بالتشديد لان فيه تكثير الخلاف الاول وقوله لانه لم ينقل انه عليه السلام امرهم بذلك فيه نظر لانه استدلال بالنفي وهو باطل لانه احتجاج بلا دليل ومثل هذا اصنع في باب الكسوف حيث قال لم ينقل والجواب ان التعليل بالنفي لا يصح اذا لم تكن العلة متعينة اما اذا كانت فلا باس به لان انتفا العلة الشخصية تستلزم انتفا الحكم الا ترى الى قول محمد في ولد المغصوب انه لا يضمن لان الغصب لم يرد عليه وموضعه اصول الفقه فان قيل قد روي ان القوم قلبوا ارديتهم حين راوا النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم اجيب بانه قلبهم هذا لجعلهم النفل حين راوه عليه السلام قلب نعله في صلاة الجنازة ولم يكن ذلك حجة فكذا هذا وانما لم ينكر عليهم لانه ليس بحرام بلا خلاف وانما الكلام في كونه سنة وقوله ولا يحضر اهل الذمة الاستسقا ظاهر وان يخرج المسلمون ثلثة ايام ولم ينقل اكثر من ذلك قيل يستحب للامام ان يامر الناس بصيام ثلثة ايام وما اطاقوا من الصدقة والخروج من المظالم والطراح الدواب والتوبة من المعاصي ثم يخرج بهم اليوم الرابع وبالعجايز والصبيان متنظفين في ثياب

بذلة

بذلة متواضعين لله تعالى والله تعالى اعلم

باب صلاة الخوف

وجه المناسبة بين البابين ان شرعية كل منهما لعارض خوف وقدم الاستسقا لان العارض ثمة انقطاع المطر وهو سماوي وهنا اختياري وهو الجهاد الذي سببه كفر الكافر وصورة صلاة الخوف ما ذكره في الكتاب وقوله اذا اشتد الخوف ليس الاشتداد شرطا عند عامة مشايخنا قال في التحفة سبب جواز صلاة الخوف نفس قرب العدو من غير ذكر الخوف والاشتداد وقال فخر الاسلام في مبسوطه المراد بالخوف عند البعض حضرة العدو لا حقيقة الخوف على ما عرف من اصلنا في تعليق الرخصة بنفس السفر لا حقيقة المشقة لان السفر سبب المشقة فاقيم مقامها فكذا حضرة العدو ها هنا سبب الخوف واقيم مقام حقيقة الخوف قيل صلاة الخوف على الوجه المذكور في الكتاب انما يحتاج اليها اذا تنازع الامام في الصلاة خلف الامام فقال كل طايفة منهم نحن نصلي معك واما اذا لم يتنازعوا فالافضل ان يصلي الامام بطايفة تمام الصلاة ويرسلهم الى وجه العدو ويامر رجلا من الطايفة التي كانت بازاء العدو ان يصلي بهم تمام صلاتهم ايضا وتقوم التي صلت مع الامام بازاء العدو وقوله اي ابو يوسف انكر شرعيتها اي كونها مشروعا وكان يقول مثل ما قال لا ثم رجع وقال كانت مشروعة في زمان النبي صلى الله عليه وسلم خاصة لقوله تعالى واذا كنت فيهم الاية لينال كل طايفة فضيلة الصلاة خلفه عليه السلام وقد ارتفع ذلك بعده وكل طايفة تتمكن من اداء الصلاة بامام على حدة فلا يجوز اداوها بصفة الذهاب والمجي وقوله بما روينا يريد به ما في الاصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف على الصفة التي قلنا قال بعض الشارحين هذا في غاية البعد عن التحقيق لان ابا يوسف لم ينكر شرعيتها في زمنه عليه السلام فكيف تكون صلاته عليه السلام حجة على ابي يوسف والجواب انه حجة من حيث الدلالة لا من حيث العبارة وذلك لان السبب هو الخوف وهو يتحقق بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان في حياته ولم يكن ذلك لنيل فضيلة الصلاة خلفه عليه السلام لان ترك المشي والاستدبار في الصلاة فريضة والصلاة خلفه فضيلة ولا يجوز ترك الفرض لاحراز الفضيلة والخطاب للرسول قد لا يختص به كما في قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة والمعلق بالشرط لا يوجب عدم الحكم عند عدمه عندنا على ما عرف بل هو موقوف الى قيام الدليل وقد قام الدليل على وجوده وهو فعل الصحابة رضي الله عنهم بعد النبي عليه السلام فانه روي عن سعد بن ابي وقاص وعبيدة بن الجراح وابي موسى الاشعري انهم اقاموا صلاة الخوف باصفهان وكذا روي عن سعيد بن العاص انه حارب المجوس بطبرستان ومعه الحسن بن علي وحذيفة بن اليمان وعبد الله بن عمرو بن العاص وصلى بهم صلاة الخوف ولم ينكر احد فحل محل الاجماع وقوله ويصلي بالطايفة الاولى ركعتين من المغرب مذهبنا وقال الثوري بالعكس لان فرض القراة في الركعتين الاوليين فينبغي ان يكون لكل طايفة في ذلك حظ وقوله لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن معناه انه يصلي لكل طايفة شطر الصلاة وشطر المغرب ركعة ونصف فيكون حق الطايفة الاولى في نصف ركعة والركعة الواحدة لا تتجزى فعند الكل بحكم السبق وقال الشافعي ان شا صلى مثل مذهبنا وان شا يصلي مثل مذهب الثوري ولا يقاتلون في حال الصلاة فان فعلوا ذلك بطلت صلاتهم وقال مالك لا تفسد وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم لظاهر قوله وليأخذوا حذرهم واسلحتهم والامر باخذ السلاح في الصلاة لا يكون الا للقتال ولنا ما ذكره ان النبي صلى الله عليه وسلم شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب فلو جاز الادا مع القتال لما تركها والامر باخذ الاسلحة لكيلا يطمع فيهم العدو واذا راوهم مستعدين او ليقاتلوا بها اذا احتاجوا ثم يستقبلوا الصلاة وقوله فان اشتد الخوف بان لا يدعهم العدو ان يصلوا نازلين بل يهجمون بالمحاربة صلوا ركبانا الخ وفيه اشارة الى ان الاشتداد الخوف شرط جواز الصلاة ركبانا فرادى موميين لا شرط جواز صلاة الخوف حتى لو ركب في غير حالة الاشتداد بطلت صلاته لانه عمل كثير لم يرد فيه النص بخلاف المشي والذهاب فانه ورد فيهما النص فبقي التحريم وان كان عملا كثيرا وعن محمد انهم يصلون جماعة استحسن ذلك لنيل فضيلة الصلاة بالجماعة وليس بصحيح لان اتحاد المكان شرط صحة الاقتدا ولم يوجد الا ان يكون الرجل مع الامام على دابة واحدة فيصح الاقتدا لانتفا المانع والخوف من سبع يعاينونه كالخوف من العدو لان الرخصة لدفع سبب الخوف عنهم ولا فرق في هذا بين السبع والعدو

القوم

باب الجنايز

الجنايز جمع جنازة والجنازة بالكسر السرير وبالفتح الميت وقيل هما لغتان وعن الاصمعي لا يقال بالفتح ولما كان الموت اخر العوارض ذكر صلاة الجنازة اخر العبادات المناسبة الا ان هذا يقتضي ان يذكر الصلاة في الكعبة قبلها ولكن اخرها لتكون ختم الكتاب الصلاة بما يتبرك به حالا ومكانا واذا احتضر الرجل اي قرب من الموت وقد يقال احتضر اي مات لان الوفاة حضرته او ملايكة الموت وقوله على شقه اي جنبه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر فانه يوضع فيه كذلك بالاتفاق لانه اشرف وعليه اي على الوضع في القبر والشي اذا قرب من الشي اخذ حكمه وقوله ولقن الشهادة تلقينها ان يقال عنده وهو يسمع ولا يقال له قل لان الحال صعب عليه فربما يمتنع عن ذلك والعياذ بالله وقوله والمراد الذي قرب من الموت رفع لوهم من يتوهم ان المراد التلقين على القبر كما ذهب اليه بعض فيكون من باب قوله انك ميت ومن قتل قتيلا فله سلبه وقوله وفيه تحسينه لانه اذا ترك مفتوح العين يصير كريه المنظر ويقبح في اعين الناس

فصل

ذكر احوال الميت في فصول وقدم الغسل لانه اول ما يصنع به وهو واجب على الاحيا بالاجماع واختلفوا في سبب وجوب الغسل فقيل انما وجب بحدث حله باسترخا المفاصل لا لنجاسة تحل به فان الادمي لا ينجس بالموت كرامة اذ لو تنجس لما طهر بالغسل كساير

الحيوانات وكان الواجب اقتصار الغسل على اعضاء الوضوء كما في حال الحياة لكن ذلك انما كان نفيا للحرج فيما يتكرر في كل يوم والحدث
بسبب الموت لا يتكرر فكان لحقا به لا يكتفى فيه بغسل الاعضاء الاربع بل يبقى على الاصل وهو وجوب غسل البدن لعدم الحرج
وكذا هذا اوقال العراقيون وجب غسله لنجاسة الموت لا بسبب الحدث لان الحيوانات وكان الواجب اقتصار الغسل
~~على اعضاء الوضوء كما في حال الحياة لكن ذلك انما كان نفيا للحرج~~ لان للادمي دما سائلا كالحيوانات الا انه فيتنجس بالموت
قياسا على غيره منها الا ترى انه اذا مات في البير نجسها ولو حمله المصلي لم تجز صلاته ولو لم يكن نجسا لجازت كما لو حمل محدثا ويجوز
ان تكون نجاسته بالغسل كرامة قوله واذا ارادوا غسله وضعوه على سريره ليتصب الماء عنه اي عن الميت وقوله ليتصب — بزوال
علة الوضع على السرير فانه لو وضع على الارض تلطخ بالطين ولم يبين كيفية وضع التخت الى القبلة طولا او عرضا ولابلغية
وضع الميت على التخت اما الاول فمن اصحابنا من اختار الوضع طولا كما كان يفعل في مرضه اذا اراد الصلاة بالايما
ومنهم من اختاره عرضا كما يوضع في القبر قال شمس الائمة السرخسي والاصح انه يوضع كيف ما تيسر فانه يختلف باختلاف
الاماكن والمواضع واما الثاني فليس فيه رواية الا ان العرف فيه ان يضجع مستلقيا على قفاه وجعلوا على عورته خرقة
اقامة لواجب الستر فان الادمي محترم حيا وميتا فيستر عورته كذلك ويكتفي بستر العورة الغليظة لان ستر السوءة وترك
نحو اه مكشوفتين في ظاهر الرواية تيسيرا لانه ربما يشق عليهم غسل ما تحت الازار وقوله هو الصحيح احتراز عن
قول النوادر فانه قال فيها ويوضع على عورته خرقة من السرة الى الركبة ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف وهذا لان المقصود
من الغسل هو التطهير والتطهير لا يحصل اذا غسل مع ثيابه لان الثوب متى تنجس بالغسالة تنجس به بدنه ثانيا بنجاسة الثوب
فلا يفيد الغسل فيجب التجريد وفيه نفي قول الشافعي رحمه الله ان السنة ان يغسل في قميص واسع الكمين حتى يدخل الغاسل
كمه في الكمين ويغسل يديه وان كان ضيق خرق الكمين لان النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي غسل في قميصه وما كان سنة
في حق النبي صلى الله عليه وسلم كان سنة في حق غيره ما لم يقم دليل التخصيص وقلنا قد قام دليل التخصيص روت عايشة رضي — ن
الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي اجتمعت الصحابة لغسله فقالوا لا ندري كيف نغسله نغسل كما نغسل موتانا
او نغسله وعليه ثيابه فارسل الله عليهم النوم فما منهم الا نام وذقنه على صدره ونادى مناد ان اغسلوا رسول الله
صلى الله عليه وسلم وعليه ثيابه فلما اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم ان السنة في ساير الموتى التجريد وقد خص صلى الله عليه
بخلاف ذلك بالنص لعظم حرمته ووضوءه من غير مضمضة واستنشاق اما الوضوء فلانه سنة الاغتسال واما تركهما فلان
اخراج الماء منه متعذر فيكون سقيا لا مضمضة ولو كبوه على وجهه ربما خرج من جوفه ما هو اشر منه وقال الشافعي رحمه الله
يمضمض ويستنشق اعتبارا بحال الحياة وأجيب بانه اعتبار فاسد لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الميت يوضا وضوءه
للصلاة ولا يمضمض ولا يستنشق ولم يذكر محمد انه يستنجي اولا وقال في صلاة الاثر انه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
يستنجي وعلى قول ابي يوسف وحده لا يستنجي لان المسكة تزول بالموت والمفاصل تسترخي فربما يزداد الاسترخاء بالاستنجاء فيخرج
نجاسة من باطنه فلا يفيد الاستنجاء فايدته ولهما ان موضع الاستنجاء فلما يخلوا عن نجاسة حقيقية فيجب ازالتها كما لو كانت
في موضع اخر من البدن ثم الاقتصار على المضمضة والاستنشاق في الاستثناء يدل على ان نفيه الا فعال من تقديم غسل
اليدين الى الرسغ والمسح على الراس كما ثبت في الجنابة هو الصحيح وفي صلاة الاثر لا يبدأ بغسل اليدين بل يغسل الوجه
ولا يمسح على الراس وقوله ثم يفيضون الماء عليه يعني ثلثا وان زاد على ذلك جاز كما في حال الحياة وقوله ويجمر سريره اي
يبخر يعني يدار المجمر وهو الذي يوقد فيه العود حوالي السرير مرة او ثلثا او خمسا او سبعا اما التجمير فلان فيه تعظيم الميت واما الايتار
فلقوله صلى الله عليه وسلم ان الله وتر يحب الوتر وقوله ويغلى الماء من الاغلاء لا من الغلي لان الغلي والغليان لازم قال الشافعي
الغسل بالماء البارد افضل حذرا من زيادة الاسترخاء الموجب لخروج النجاسة المحوجة للكفن وقلنا غسل الميت شرع للتنظيف
والماء الحار ابلغ للتنظيف فيكون افضل وزيادة الاسترخاء قد نعين على المقصود وهو التنظيف لانه يخرج جميع ما هو
معد للخروج فلا ينجس الكفن بعد الفراغ من الغسل فان لم يكن اي فان لم يوجد الماء المغلي بالسدر او بالحرض وهو
الاشنان يغسل بالماء القراح اي الخالص واما اذا وجد ذلك فالترتيب ما ذكر في مبسوط شيخ الاسلام
والمحيط وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه يبدأ اولا بالماء القراح حتى يبتل ما على البدن من الدرن والنجاسة
ثم بالسدر والاشنان ليزول ما على البدن من ذلك لانه ابلغ في التنظيف ثم بالكافور ان وجد تطييبا لبدن الميت هكذا
كذا فعلت الملايكة بادم عليه السلام حين غسلوه ويغسل راسه كذا فعلت الملايكة بادم عليه السلام بالخطمي ليكون انظف له لانه مثل الصابون
في التنظيف قوله ثم يضجع على شقه الايسر قوله لان السنة البداية بالميامن روي ان ام عطية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للنسا
في غسل ابنته ابدان بميامنها ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا يعني بلا عنف حتى ان لا ينفد الجراح شيء فيسيل يحترز عن تلويث
الكفن والاصل فيه ما روي ان عليا رضي الله عنه لما غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح بطنه بيده مسحا رفيقا طلب منه ما يطلب من الميت
فلم ير شيئا فقال طبت حيا وميتا فان خرج منه شيء غسله فقط بعد ان يمسحه لان المسح ربما يبعد بها عن ذلك الموضع ولا يعيد غسله رواية نفي العين
وقوله ولا وضوءه لان الغسل قد عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق وذكر منها الغسل بعد الموت وقد حصل
مرة

موته وسقط الواجب فلا يعيده واما الوضوء فلان الخارج ان كان حدثا فالموت ايضا حدث وهو لا يوجب الوضوء فكذا هذا الحدث
والمذكور في الكتاب مسح البطن بعد المرة الثانية من الغسل ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه في غير رواية الاصول
انه قال يقعده اولا ويمسح بطنه ثم يغسله لان المسح قبل الغسل اولى حتى يخرج ما في بطنه من النجاسة فيقع الغسل ثلثا بعد خروج النجاسة
وجه الظاهر ان النجاسة تكون منعقدة لا تخرج الا بعد الغسل مرتين بماء حار وكان المسح بعد المرتين اقدر على اخراج ما به من النجاسة فكان
اولى واعلم ان التثليث في غسله سنة لحديث ام عطية اغسلها ثلثا او خمسا وقال ابو بكر الرازي في شرح لمختصر الطحاوي يغسل اولا وجهه
على الايمن ثم وهو على جنبه الايسر ليحصل الغسل ثلثا وقال بعض الشارحين ترك المصنف ذكر الثالث وقال بعضهم الثالث وهو
قوله ثم يصبون الماء عليه ورد بانه قال بعد ذلك ويغسل راسه ولحيته بالخطمي وغسل الراس بعد الوضوء قبل الغسل بالاجماع فكيف
يكون ذلك ثالثا واما ذلك ذكر الغسل اجمالا وما بعده تفصيله وقال بعضهم يجوز ان يكون المذكور في الكتاب من الغسل تبيين مختار
المصنف والتثليث في الصب سنة عند كل اصحاب وهذا النصب قبل والنية لا بد منها في غسل الميت حتى لو اخرج الغريق وجب غسله
الا اذا حرك عند الاخراج بنية الغسل لان الخطاب بالغسل توجه على بني ادم ولم يوجد منهم شيء عند عدم التحريك وفيه نظر لان الماء
مزيل بطبعه فكما لا تجب النية في غسل الحي فكذا لا تجب في غسل الميت وهذا قال في فتاوي قاضي خان ميت غسله اهله من غير نية
الغسل اجزاهم ذلك وقوله ثم ينشفه ظاهر والحنوط عطر مركب من اشياء طيبة والمراد بالمساجد الجبهة والانف واليدان والركبتان
والقدمان لانه كان يسجد بهذه الاعضاء فتختص بزيادة الكرامة وقوله ولا يسرح شعر الميت تسريح الشعر تخليص بعضه عن بعض
وقيل تخليله بالمشط وقيل مشطه وقوله ولا يقص ظفره روي عن ابي حنيفة وابي يوسف ان الظفر ان كان منكسرا فلا باس باخذه
و علام اصله على ما دخل حرف الجر على ما الاستفهامية فاسقط الالف كما في قوله تعالى عم يتساءلون ويقال تنصون الرجل تنصو
اي اخذ ناصيته ومددتها روي ان عايشة رضي الله عنها سيلت عن تسريح شعر الميت فقالت علام تنصون ميتكم فانها كرهت
تسريح راس الميت فجعلته بمنزلة الاخذ بالناصية في كونه غير محتاج اليه فالنهي اليه قوله وفي الحي كان تنظيفا الخ اشكال اي لا اشكال — جوابه
علينا الحي حيث يسرح شعره ويقص ظفره لانه محتاج الى الزينة ويعتبر في حقه زوال الحرج بخلاف الميت فانه لا يسن فيه ازالة الحرج كما
في الختان حيث يفرق بين الحي والميت فيه بان يختن الحي ولا يختن الميت بالاتفاق فكذا في كل زينة تتضمن ابانة الجزء يجب ان يفرق
بينهما ولم اجد له ربطا لكلام المصنف اصلا ولكني اقول قوله ولان هذه الاشياء للزينة اي لزينة الميت وقد استغنى الميت عنها
اي عن الزينة فاستغنى عن هذه الاشياء فان قيل لا نسلم ان هذه الاشياء لزينة الميت فانها تفعل في الحي ايضا اجاب بقوله وفي الحي
كان تنظيفا حتى ما كانت تفعل بالحي من حيث انها زينة بل من حيث انها تنظيف لاجتماع الوسخ تحتها واحتمال ذكر الضمير في تحته باعتبار
المذكور على ان يقال هب انه كان في الحي تنظيفا لكن الميت ايضا محتاج الى التنظيف ولهذا قال يغسل الماء بالسدر او بالحرض مبالغة
للتنظيف ويغسل راسه ولحيته ليكون انظف له فليحل به من حيث التنظيف بابه جيد وذلك لان الميت عن مسنون كان الختان
هذا ما سنح لي في حل هذا المقام
فصل في الكفن
رتب هذه الفصول على حسب ترتيب ما فيها من الافعال تكفين الميت لغة
بالكفن وهو واجب يدل عليه تقديمه على الدين والارث والوصية ولذلك قالوا لو اوصى لم يكن له مال فكفنه على من يجب عليه نفقته كما
تلزمه كسوته في حال حياته وقوله السنة ان يكفن يعني تكفينه في ثلثة اثواب سنة وذلك لان بيان في ان يكون في اصل التكفين
واجبا ثم التكفين اما ان يكون في حالة الضرورة اولا فان كان الاول كفن بما وجد لما روي ان مصعب بن عمير صاحب راية رسول
الله صلى الله عليه وسلم استشهد يوم احد وترك نمرة وهي كساء فيه خطوط بيض وسود فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
بذلك فامر بان يكفن فيها وان كان الثاني فهو على نوعين كفن سنة وهو في حق الرجل ثلثة اثواب ازار وقميص ولفافة كما ذكر
في الكتاب والسحولية نسبة الى سحول بفتح السين وعن الازهري بالضم وهي قرية باليمن وفي حق المراة خمسة اثواب درع وازار
وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها وكفن كفاية وهو في حق الرجل ثوبان ازار ولفافة وفي حق المراة ثلثة قميص وازار وخمار
وما ذكر في الكتاب واضح
فصل في الصلاة على الميت
الصلاة على الميت فرض كفاية اما كونها فرضية فلان الله سبحانه
وتعالى امر بقوله وصل عليهم والامر للوجوب وعلى ذلك اجمعت الامة واما انها كفاية فلان في الايجاب على الجميع استحالة او حرجا
فاكتفي بالبعض كما في الجهاد روى حسن بن زياد عن ابي حنيفة ان الامام الاعظم وهو الخليفة اولى ان حضر وان لم يحضر فامام
المصر اولى فان لم يحضر فصاحب الشرط اولى فان لم يحضر فامام الحي فان لم يحضر فالاقرب من ذوي قرابته وبهذه الرواية اخذ كثير من
مشايخنا وقوله في الكتاب السلطان يجوز ان يراد به الامام الاعظم وامام المصر وقوله ثم الولي انما هو على قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله واما عند ابي يوسف فالولي اولى بالصلاة على الميت على كل حال قال الله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب
الله ولهما ان الحسن بن علي رضي الله عنهما لما مات خرج الحسين رضي الله عنه والناس يصلون الجنازة فقدم الحسين سعيد بن العاص
وكان سعيد يومئذ واليا بالمدينة فابى ان يتقدم فقال له الحسين تقدم ولولا السنة ما قدمتك والاية محمولة على المواريث دليل
ولاية المناكحة وقوله والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح يقتضي ان يتقدم الابن على الاب وقد ذكر محمد في كتاب الصلاة
ان الاب اولى فمن المشايخ من قال هو قول محمد فكان فيها على قول ابي حنيفة فالابن اولى وعلى قول ابي يوسف الولاية لهما الا
انه يقدم الاب احتراما له ومنهم من قال لا بل لا يتقدم ما ذكر في صلاة الجنازة ان الاب اولى قول الكل لان للاب زيادة فضيلة

وسن لسنة للابن والفضيلة اثر في استحقاق الامه فيرجح الاب بذلك بخلاف النكاح وعلى قول هولا قوله والاوليا على الترتيب المذكور
في النكاح محمول على غير الاب والابن فبنو الاعيان محجوبون بني العلات والاكبر سنا يحجب الاصغر من كل واحد منهما لان النبي صلى الله عليه
وسلم امر بتقديم الاسن فان اراد الاكبر ان يقدم انسانا فليس له ذلك الا برضا الاخر لان الحق لهما لاستوايهما في القرابة وان اراد
بنو الاعيان تقديم انسان فليس لاحد من بني العلات منعه لانه لا حق له مع وجودهم وابن عم المراة احق من زوجها ان لم يكن له منها
ابن لانقطاع النكاح بموتها والتحاقه بالاجانب فان كان ذلك الابن الصلاة عليها لان الحق يثبت للابن في هذه الحالة ثم الابن
يقدم اباه احتراما له فيثبت للزوج حق الصلاة عليها من هذا الوجه قال القدوري وساير القرابات اولى من الزوج وقال الشافعي
رحمه الله الزوج اولى لان ابن عباس صلى على امراته وقال انا احق بها واما ما روي عن ابن عمر انه لما ماتت امراته قال للاوليا كنا احق بها
حين كانت حية فاذا ماتت فانتم احق بها وحديث ابن عباس محمول على انه كان اماما حيا فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي
وان قيد بذكر السلطان لانه لو صلى السلطان فلا اعادة لاحد لانه هو المقدم على الولي ثم هو ليس بمنحصر على السلطان بل كل من كان يتقدم
على الولي في ترتيب الامامة في صلاة الجنازة على ما ذكرنا فصلى هو لا يعيد الولي ثانيا قال الامام التمرتاشي في فتاويه رجل صلى
على الجنازة والولي خلفه ولم يرض به ان تابعه وصلى معه لا يعيد لانه صلى مرة وان لم يتابعه فان كان سلطانا او الامام الاعظم
في البلدة او القاضي او الوالي على البلدة او امام حي ليس له ان يعيد لانهم هم الاولون منه وان كان غيرهم فله الاعادة
وكذا ذكره في التحفة والفتاوى الظهيرية قال في النهاية بهذا ذكر في الكتاب اعادة الولي اذا لم يصل ولم يذكر اعادة السلطان اذا لم
يصل وجب ان يكون حكمه في ولاية الاعادة كحكم الولي لما انه مقدم في حق صلاة الجنازة على الولي لما ثبت حق الاعادة للادون
فلان تثبت للاعلى منه اولى وقال وقد وجدت رواية في نوادر الصلاة تشهد بما ذكرت فقال في نوادر وان صلى الولي لم يجز لاحد ان
يصلي بعده تخصيص الولي ليس بقيد لما انه لو صلى السلطان او غيره ممن هو اولى من الولي في الصلاة على الميت ممن ذكرنا ليس لاحد
ان يصلي بعده مذهبنا وقال الشافعي تعاد الصلاة على الجنازة مرة بعد اخرى لما ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بقبر جديد
فسال عنه فقيل قبر فلانة فقال هلا اذنتموني بالصلاة فقيل انها دفنت ليلا فخشينا عليك هوام الارض فقام وصلى على قبرها ولنا
قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى عليه اصحابه فوجا بعد فوج ولنا ما ذكر في الكتاب وهو قوله اليوم لما وضع وهذا لان قوام
لحوم الانبيا عليهم السلام حرم على الارض بهورد الاثر وانما صلى النبي صلى الله عليه وسلم لان الحق كان له قال الله تعالى
النبي اولى بالمومنين من انفسهم وليس لغيره ولاية الاسقاط وهكذا تاويل فعل الصحابة فان ابا بكر رضي الله عنه كان مشغولا
بتسوية الامور وتسكين الفتنة وكانوا يصلون عليه قبل حضوره وكان الحق له لانه هو الخليفة فلما فرغ صلى عليه ثم لم
يصل عليه احد بعده عليه كذا في المبسوط وصلى على قبره يعني اذا وضع اللبن على اللحد واهيل التراب عليه اما اذا لم
يوضع اللبن على اللحد او وضع ولكن لم يهل التراب عليه يخرج ويصلى عليه لان التسليم لم يتم بعد كذا في المحيط وقوله والمعتبر
في ذلك اي في عدم التفسخ وقوله هو الصحيح احترازا عما روي عن ابي يوسف في الامالي انه يصلى على الميت في القبر الى ثلاثة ايام
وبعده لا يصلى عليه وهكذا ذكر ابن رستم في نوادره عن محمد عن ابي حنيفة والصحيح ان ذلك ليس بتقدير لازم لانه تتفرق الاجزا
تختلف باختلاف حال الميت من السمن والهزال وباختلاف الزمان من الحر والبرد وباختلاف المكان من الصلابة والرخاوة
والذي روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على شهدا احد بعد ثماني سنين معناه دعا لهم وقيل انهم كانوا لم يتفرقوا اعضاؤهم
واذا كان اكبر الراي هو المعتبر فاذا كان في اكبر رايهم ان اجزا الميت قد تفرقت قبل ثلاثة ايام لا يصلون عليه
الى ثلاثة ايام وان كان فيه انها لم تتفرق بعد ثلاثة ايام فان ـــــــ والصلاة ان يكبر تكبيرة الصلاة على الميت
اربع تكبيرات يحمد الله بعد التكبيرة الاولى ولم يعين نوعا من الثنا بخلاف ساير الصلوات فانه يقول فيها سبحانك
اللهم الى اخره كما مر فقد اختلفوا في هذا بعد التحريم فقال بعضهم يحمد الله تعالى كما ذكر في ظاهر الرواية وقال بعضهم يقول
سبحانك اللهم وبحمدك الى اخره كما في الصلاة المعهودة واري انه يختار المصنف حيث اشار اليه بقوله والبداية بالثنا
فان المعهود من الثنا ذلك ولا يرفع يديه في التكبيرات الا عند الافتتاح ثم يكبر تكبيرة ثانية يصلي على النبي عليه السلام
كما في التشهد وعلى ذلك وصفت الخطب ثم يكبر تكبيرة ثالثة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين يقول اللهم اغفر لحينا
وميتنا الى اخره ذلك والافضاي دعا كان لان الثنا على الله والصلاة على النبي يعقبه الدعا والاستغفار وقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد احدكم ان يدعو فليحمد الله وليصل على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يكبر الرابعة لان النبي صلى الله
عليه وسلم كبر اربعا في اخر صلاة صلاها فيستحب ما قبلها قلنا وكان ما بعد التكبيرة الرابعة اوان التحلل وذلك بالسلام وليس بعدها دعا
سوى السلام في ظاهر الرواية واختار بعض المشايخ ان يقال ربنا اتنا في الدنيا حسنة وفي الاخرة حسنة وقنا برحمتك عذاب
القبر وعذاب النار وبعضهم ان يقول ربنا لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا الاية ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المقتدي في الخامسة
لكونها منسوخة بما روي انه عليه السلام كبر اربعا في اخر صلاة وقال زفر يتابعه لانه مجتهد فيه لما روي ان عليا رضي الله عنه كبر
خمسا ثم لم يتابعه المقتدي كما في تكبيرات العيد فلما ثبت ان الصحابة ساوروا فرجعوا الى اخر صلاة صلاها فصار ذلك منسوخا
باجماعهم ومتابعة المنسوخ خطا واذا لم يتابعه ماذا يصنع في رواية عن ابي حنيفة يسلم للحال تحقيقا للمخالفة وفي الاخرى ينتظر
تسليم

تسليم الامام ليصير متابعا فيما وجب المتابعة فيه قال المصنف وهو المختار وقوله والاتيان بالدعوات يعني بعد التكبيرة الثالثة اشارة الى ان المقصود هو الدعاء
والبداية بالثنا والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم سنة الدعا فقبيلا بالاستجابة لانه روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا فعل هكذا بعد الفراغ من الصلاة فقال
عليه السلام ادع وابشر فقد استجيب لك ذلك وعلى هذا لا يستغفر للصبي لانه لا ذنب له ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا اي اجرا يتقدمنا واصل الفرط فيمن يتقدم الوارد
ومنه الحديث انا فرطكم على الحوض اي متقدمكم واجعله لنا ذكرا اي خيرا باقيا واجعله لنا شافعا مشفعا اي مقبول الشفاعة وقوله
ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين ظاهر وحاصله ان الحاضر بعد التكبيرة الاولى عند ابي يوسف كالمسبوق والمسبوق ياتي بتكبيرة الافتتاح
اذا انتهى الى الامام فكذا هذا وعندهما وان كانا كالمسبوق لكن كل تكبيرة بمنزلة ركعة من الصلاة ولهذا قيل اربع كاربع الظهر والمسبوق
لا ياتي بما فاته الا بعد فراغ الامام فينتظر حتى يكبر الامام فيكبر معه وتكون هذه التكبيرة تكبيرة الافتتاح في حق هذا الرجل فيصير مسبوقا بما
فاته من تكبيرة او تكبيرتين ياتي به بعد ما سلم الامام وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وقوله اذ هو اي الاتيان بما فاته قبل اداء
ما ادرك مع الامام منسوخ وقوله ولو كان حاضرا اي الذي فاته التكبيرة لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك لتلك التكبيرة
ضرورة العجز عن المقارنة وشرط قضا التكبير الفايت ان لا ترفع الجنازة لانه لا يجوز بعد رفعها وفايدة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا سلم
الامام فانه عند ابي حنيفة ومحمد يكبر المسبوق قبل ان ترفع الجنازة لانه صار مسبوقا بها وعند ابي يوسف يسلم مع الامام لانه لم يصر مسبوقا
بشي لانه كبر عند النية الدخول ولو كان مسبوقا باربع تكبيرات وجب ان يسلم الامام فانه لا يكون مدركا للصلاة عندهما لانه لو كبر
صار متنفلا بقضا ما سبق به قبل فراغ الامام واذا سلم الامام فاتته الجنازة وعلى قول ابي يوسف يكبر ويشرع في صلاة الامام ثم ياتي
بالتكبيرات بعد ما سلم قبل ان ترفع الجنازة وقوله ويقوم الذي يصلي على الرجل والمراة بحذا الصدر لانه موضع القلب والوسط قال صاحب
النهاية بسكون السين لانه اسم مبهم لداخل الشي ولذا كان ظرفا يقال جلست وسط الدار بالسكون وهو المراد بخلاف المتحرك لانه اسم لعين
ما بين طرفي الشي وليس بمراد والنعش شبه المحفة مشبك مطبق على المراة اذا وضعت على الجنازة والركبان جمع راكب وقوله لانه الحكم دعا
يعني في الحقيقة ولهذا لم يكن لها قراة ولا ركوع ولا سجود فيسقط القيام كساير الاركان وفي الاستحسان لا يجزيهم يعني يجب عليهم
للتاكيد الاعادة لما ذكر في الكتاب وقوله ولا باس بالاذن اي باذن الولي لغيره بالامامة اذا احتاط فيه يتخصص الى تعديه مزيد خير وثواب
وشفاعة ذلك ارجى له لان الصلاة على الميت حقه فجاز ان ياذن لغيره وقيل معناه لا باس باذن الولي بالانصراف بعد الصلاة
ان الناس لهم الانصراف عنها قبل الدفن الا باذن الولي وقوله وفي بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير بالاذان اي اعلام الاقارب والجيران
قال صلى الله عليه وسلم اذا مات احدكم فاذنوني بالصلاة اي اعلموني وقد استحسن بعض المتاخرين النداء في الاسواق للجنازة التي
يرغب الناس في الصلاة عليها كالزهاد والعلماء وقوله ولا يصلي على ميت في مسجد جماعة اذا كانت الجنازة في المسجد فالصلاة عليها
مكروهة باتفاق اصحابنا وان كانت الجنازة والامام وبعض القوم خارج المسجد والباقي فيه لم يكره بالاتفاق وان كانت الجنازة
وحدها خارج المسجد ففيه اختلاف المشايخ وقال الشافعي رحمه الله لا يكره على كل حال لما روي انه لما مات سعد بن ابي وقاص
رضي الله عنه امرت عايشة رضي الله عنها بادخال جنازته المسجد حتى صلت عليها ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ثم قالت لبعض من حولها
هل عاب الناس علينا ما فعلنا قال نعم فقالت ما اسرع ما نسوا ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة سهيل بن البيضا الا
في المسجد ولنا ما روى ابو هريرة رضي الله عنه قال من صلى على جنازة في مسجد فلا اجر له وحديث عايشة رضي الله عنها متروك لان الانكار
لان الناس في زمانها المهاجرين والانصار فقد عابوا عليها فدل على ان كراهته ذلك كانت معروفة فيما بينهم وتاويل صلاته عليه السلام
لاداو على جنازة سهيل في المسجد انه كان معتكفا في ذلك الوقت فلم يمكنه الخروج فامر بالجنازة فوضعت خارج المسجد وعندنا اذا كانت الجنازة
خارج المسجد لم يكره ان يصلي الناس عليها في المسجد لما يذكره وقوله ولانه بني لاداء المكتوبات دليل ان معقول ان على ذلك وقع اختلاف
المشايخ فيما اذا كانت الجنازة خارج المسجد نظرا اليها فمن نظر الى الاول قال بالكراهة وان كانت خارجه ولا يلزمه التنفل في المسجد لانه
تبع للمكتوبة ومن نظر الى الثاني حكم بعدمها لان العلة هي التلويث لم توجد فان قيل حديث ابي هريرة مطلق فالتقييد بالتلويث في
مقابله النص وهو باطل والجواب ان قوله عليه السلام في المسجد يحتمل ان يكون ظرفا للصلاة وكان دليلا للاولين ويحتمل ان يكون
ظرفا للجنازة فلا يكون منافيا لتعليل الاخرين حينئذ وقوله ومن استهل على بنا الفاعل والاستهلال الصبي ان يرفع صوته بالبكا
عند ولادته وذكر في الايضاح هو ان يكون منه ما يدل على حياته من بكاه او تحريك عضو او طرف عين وكلامه واضح وقوله لانه نفس
من وجه دليل غير ظاهر الرواية وعن ابي يوسف تقديره انه في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه فيعطي حظا من الشبهين فلا عبارة بالنفو
بغسل ولاعتباره بالاجزاء لا يصلى عليه وهذا هو المختار وقوله واذا سبي صبي يعني فلم يخلوا اما ان يكون مع احد ابويه اولا فان كان
الاول فمات لم يصل عليه لانه كان تبعا للابوين لقوله صلى الله عليه وسلم الولد يتبع خير الابوين دينا فان فيه دلالة ظاهرة على متابعة
الابوين لا ان يقر بالاسلام وهو يعقل صفة الاسلام المذكورة في حديث جبريل عليه السلام ان يومن بالله وملايكته وكتبه ورسله
واليوم الاخر والقدر خيره وشره من الله وقيل معناه يعقل المنافع والمضار وان الاسلام هدى واتباعه خير والكفر ضلالة واتباعه
شر لانه صح اسلامه استحسانا وان لم يصح قياسا كما هو مذهب الشافعي على ما عرف في الاصول وقوله او يسلم عطف على قوله الا ان يقر
يعني انه اذا اقر بالاسلام وهو يعقل او سلم احد ابويه صح اسلامه لما روينا وان كان الثاني صلى عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم
باسلامه كما في اللقيط كما سبي مع احد ابويه ان الصبي معه احد ابويه ترجيحا للاسلام كالابوين اذا كانا احدهما

اجيب بان التاثير في الاستتباع دون تاثير الولادة لان النبي صلى الله عليه وسلم حكم باستتباع الابوين دون الدار من قيام
الدار ولو لم يكن كذلك لما حكم بكون صبي في دار الاسلام اصلا وكان ما ترك ابواه لبيت المال لاختلاف الدليلين ولم يذكر المصنف رحمه
الله تبعية اليد بعد تبعية الدار لانه لو وقع من الغنيمة صبي في سهم رجل في دار الحرب فانه يصلى عليه ويجعل مسلما تبعا لصاحب اليد
وصاحب المحيط قدم تبعية اليد على تبعية الدار وقوله وان مات الكافر وله ولي مسلم اي قريب لان حقيقة الولاية منفية قال
الله تعالى لا تتخذوا اليهود والنصارى اولياء والحلق ليتبينا ولكل قريب له من ذوي الفروض والعصبات وذوي الارحام وهذا
الاطلاق لفظ الجامع الصغير وذكر في الاصل كافر مات وله ابن مسلم يكفنه ويدفنه اذا لم يكن هناك من قرابته من يتولى امره فان
كان ثم احد منهم فالاولى ان يخلي المسلم بينه وبينهم ليصنعوا به ما يصنعون بموتاهم بذلك امر علي رضي الله عنه روي انه لما مات
ابو طالب جاء علي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ان عمك الضال او في رواية الشيخ الضال قد مات فقال عليه السلام اذهب فغسله
وكفنه وواره ولا تحدث به حدثا حتى تلقاني اي لا تصل عليه وقوله يغسل غسل الثوب النجس يعني لا يغسل كغسل المسلم من البداية
بالوضوء والبداية بالميامن ولكن يصب عليه الماء كما يصب في غسل النجاسة ولا يكون الغسل طهارة له حتى لو حمله انسان وصلى لم تجز صلاته
بخلاف المسلم فانه لو حمل المصلي بعد ما غسل جازت صلاته ويلف في خرقة يعني بلا اعتبار عدد ولا حنوط ولا كافور فصل
في حمل الجنازة اذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وهي ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه
من السنة ان تحمل الجنازة من جوانبها الاربع وفيه تكثير الجماعة حتى لو لم يتبعه احد كان هو جماعة وفيه زيادة الاكرام حيث لم يحمل كما يحمل الا
حمال وفيه الصيانة عن سقوط الميت وقال الشافعي رحمه الله السنة ان يحملها رجلان كما ذكر في الكتاب واستدل على ذلك بان النبي صلى
الله عليه وسلم حمل جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه بين العمودين قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة وكان الطريق ضيقا حتى روي
انه صلى الله عليه وسلم كان يمشي على رؤوس اصابعه وصدور قدميه وكان حالة ضرورة ونحن نقول به وقوله ويمشون به مسرعين
دون الخبب الخبب ضرب من العدو دون العنق لان العنق خطو فسيح واسع لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن المشي بالجنازة
فقال ما دون الخبب فان يك خيرا عجلتموه اليه وان كان شرا وضعتموه عن رقابكم اوقال فبعدا لاهل النار والخبب مكروه
لان فيه ازدراء بالميت واضرار بالمتبعين والمشي خلف الجنازة افضل وقال الشافعي رحمه الله والمشي امامها افضل لان ابا بكر
وعمر رضي الله عنهما كانا يمشيان امام الجنازة ولنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مشى خلف جنازة سعد بن معاذ وعلي رضي الله
عنه كان يمشي خلف الجنازة وقال ابن مسعود رضي الله عنه فضل المشي خلف الجنازة على المشي امامها كفضل المكتوبة على النافلة وفعل
ابي بكر وعمر رضي الله عنهما محمول على التيسير على الناس لان الناس كانوا يحترزون عن المشي امامها فلو اختارا المشي خلفها لضاق
الطريق على من يشيعها وهكذا اجاب علي رضي الله عنه حين قيل له ان ابا بكر وعمر كانا يمشيان امام الجنازة قال يرحمهما الله قد
عرفا ان المشي خلفها افضل ولكنهما ارادا ان تيسر الامر على الناس وقوله اذا بلغوا الى قبره يكره وقوله فاذا وضعت عن اعناق
الرجال جلسوا وكره القيام وقوله وكيفية الحمل هذا لفظ الجامع الصغير بلفظ الخطاب خاطب ابو حنيفة ابا يوسف رحمهما الله
قال يعقوب رايت ابا حنيفة يصنع هكذا قال الامام المحبوبي وهذا دليل تواضعه قال صاحب النهاية وقد حمل الجنازة من هو افضل
منه بل هو افضل جميع الخلائق وهو نبينا صلى الله عليه وسلم فانه حمل جنازة سعد بن معاذ كما ذكرنا لما ان حمل الجنازة عبادة فينبغي
ان يتبادر اليه كل احد وذكر شيخ الاسلام رحمه الله انه اراد بيمين المقدم من الميت ثم قال ثم ذكر هنا جانب السرير الايسر وذلك
يمين الميت لا يمين الميت على يسار الجنازة لان الميت وضع عليها على قفاه وكان يمين الميت يسار ويسار الجنازة يمينها
ثم المعنى في الحمل على هذا الوجه اما البداءة بالايمن المقدم وذلك يمين الميت ويمين الحامل فلان النبي صلى الله عليه وسلم كان
يحب التيامن في كل شيء والمقدم ايضا اول الجنازة والبداءة انما تكون من اوله ثم يتحول الى الايمن المؤخر لانه تحول الى الايسر
المقدم احتاج الى المشي امامها والمشي خلفها افضل فلما مشى خلفها وبلغ الايمن المؤخر حملها لان فيه رجحان التيامن ايضا فبقي جانبا
الايسر المقدم والايسر المؤخر فيحتاج الى تقديم الايسر المقدم على الايسر المؤخر لان فيه الختم بالايسر المؤخر والختم بذلك اولى
ليبقى بعد الفراغ بعد الجنازة فان المشي خلفها افضل كما مر وقوله هذا اي حملها على الوجه المذكور في حالة التعاقب لعني عنه
وفوراتي يلي لدفع الجانب الذي حمله الى غيره وينتقل الى الجانب الاخر فصل في الدفن اصل هذه الافعال اعني
الغسل والتكفين والدفن في بني ادم عرف بتعليم الله بفعل الملائكة في حق ادم عليه السلام روي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لما توفي ادم عليه السلام غسلته الملائكة وكفنوه ودفنوه ثم قالوا لولده هذه سنة موتاكم لحد الميت والحده جعله
في اللحد وهو الشق المائل في جانب القبر ويلحد الميت ولا يشق له خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول بالعكس لتوارث اهل المدينة
الشق دون اللحد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اللحد لنا والشق لغيرنا وانما فعل اهل المدينة الشق لضعف اراضيهم بالبقيع وصفة
اللحد ان يحفر القبر بتمامه ثم يحفر في القبلة منه حفيرة يوضع فيها الميت ويجعل ذلك كالبيت المسقف وصفة الشق ان يحفر حفيرة في وسط
القبر يوضع فيها الميت وقوله ويدخل الميت مما يلي القبلة يعني توضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل منه الميت في موضع اللحد وقال
الشافعي رحمه الله السنة ان يسل الى قبره وصفة ذلك ان توضع الجنازة في مؤخر القبر حتى يكون راس الميت بازاء موضع قدميه من
القبر ثم يدخل الرجل الاخذ في القبر فيأخذ براس الميت ويدخله في القبر اولا ويسل كذلك وقيل صورته ان توضع الجنازة في مقدم القبر
حتى يكون رجلا الميت بازاء موضع راسه من القبر ثم يدخل الاخذ في القبر فياخذ برجلي الميت ويدخلهما القبر اولا ويسل كذلك
واحتج بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سل الى قبره ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه لا يقال هذا تعليل
في مقابلة النص وهو باطل لان الرواية في ادخال النبي صلى الله عليه وسلم في قبره مضطربة روى ابراهيم النخعي رحمه الله
ان النبي صلى الله عليه وسلم ادخل قبره من القبلة وروى الحلفه روي عن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبه وروي عنه ايضا
مثل مذهبنا والمضطرب لا يصلح حجة فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله بهذا وضعنا كذا
في المبسوط قال المصنف رحمه الله كذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين وضع ابا دجانة في القبر قال صاحب النهاية وفي التصحيح
انه وضع ذا النجادين لان ابا دجانة مات بعد خلافة رسول الله صلى الله عليه وسلم في خلافة ابي بكر هكذا ذكر في التواريخ
وقوله ويوجه الى القبلة بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم روي عن علي رضي الله عنه انه قال مات رجل من بني عبد المطلب
فقال عليه السلام يا علي استقبل به القبلة استقبالا وقوله ويحل العقدة يعني عقدة الكفن مخافة الانتشار لوقوع
الامن منه ويسوى اللبن عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل على قبره اللبن وقوله ويسجى قبر المراة اي يغطى
يسجى قبر المراة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد لما ذكر في الكتاب وقدمنا ان قبر فاطمة رضي الله عنها سجي بثوب ولا يسجى قبر
الرجل وقال الشافعي رحمه الله يسجى لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سجى قبر سعد بن معاذ ولنا ما روي ان عليا رضي الله عنه مر
بميت وقد سجي قبره فنزعه وقال انه رجل يعني ان مبنى حال الرجال على الانكشاف كما قال في الكتاب وتسجية قبر سعد بن معاذ ان كفنه
ما كان يعم بدنه فسجي قبره حتى لا يقع الاطلاع لاحد على شيء من اعضائه وقوله ويكره الاجر والخشب هذا ظاهر الرواية وقوله
لانهما اي الاجر والخشب لاحكام البناء والقبر موضع البلى ومنهم من فرق بينهما فكره الاجر من حيث عدم المعاد وفي به لمساسه النار
دون الخشب لعدمه فيه وكان المصنف رحمه الله اشار الى ذلك بقوله ثم بالاجر اي ان يكره تفاؤلا وردا بان مساس النار
لا تصلح علة الكراهة فان السنة ان يغسل الميت بالماء الحار وقد مسته النار فالمس لا يصلح والاول اوجه يعني التعليل بالاحكام
البناء لانه جمع في كتاب الصلاة بين استعمال الاجر وفوق الخشب وهي الواحد ولا يوجد معنى النار فيهما وفي الجامع الصغير يستحب
اللبن والقصب انه صح بلفظ الجامع الصغير لمخالفة رواية لرواية القدوري لانها تدل على جواز الجميع بينهما ورواية الجامع تدل
لانه صلى الله عليه وسلم جعل على قبره طنا اي حزمة من القصب وقوله ثم يهال التراب عليه يقال هلت الدقيق في الجراب
صببته من غير كيل وكل شيء ارسلته ارسالا من غير رمل او تراب او طعام ونحوه قلت هلته هيلا فانهال اي جرى فانصب ومنه يهال
التراب اي يصب وقوله ويسنم القبر المراد من تسنيم القبر رفعه من الارض مقدار شبر او اكثر قليلا ولا يسطح اي لا يربع وقال الشافعي
رحمه الله يربع ولا يسنم لما روي ان ابراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم قبره مسطحا ولنا ما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تربيع القبور وعن ابراهيم النخعي رحمه الله انه قال اخبرني من راى قبر النبي صلى الله عليه وسلم وقبر
ابي بكر وعمر رضي الله عنهما مسنمة عليها فلق من مدر بيض ولم يعينه لانه كان في الرابع كثيرة ولا تاويل تسنيم قبر ابراهيم
عليه السلام انه صلى الله عليه وسلم سطح قبره اولا ثم سنم كذا في المبسوط والمحيط باب الشهيد المقتول ميت
باجله عند اهل السنة وانما بوب للشهيد بحياله لاختصاصه بالفضيلة وكان اخراجه من باب الميت بباب على حدته كاخراج جبريل
عليه السلام من الملائكة ويسمى الشهيد شهيدا لان الملائكة يشهدون موته اكراما له وكان مشهودا فهو فعيل بمعنى مفعول وقيل
لانه مشهود له بالجنة وقيل حي عند الله حاضر وهو عند اصطلاح الفقهاء عبارة عمن قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله
المسلمون ظلما ولم تجب بقتله دية فقوله من قتله المشركون يعني باية آلة كانت وفي معناهم اهل البغي وقطاع الطريق بالخروج على
طاعة الامام وقوله وبه اثر اي جراحة ظاهرة او باطنة كخروج الدم من العين ونحوها وقوله او قتله المسلمون ظلما احتراز عما قتله
او قصاصا وقوله ولم تجب بقتله دية احتراز عن شبه العمد والخطا وحكمه انه يكفن بالاتفاق ولا يغسل اذا كان في معنى شهداء احد
بالاتفاق ويصلى عليه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله اما التكفين فهو سنة في موتى بني ادم فان كان عليه ثياب لم ينزع عنه لقوله
صلى الله عليه وسلم ويزيدون وينقصون اثباتا للتكفين على ما يذكر واما عدم الغسل فلانه في معنى شهداء احد وقال عليه السلام فيهم زملوهم
بكلومهم ودمائهم والقيد بالحديدة لانهم اذا كان القتل من المسلمين واما من اهل البغي والحرب وقطاع الطريق فليس بشرط كما تقدم لان شهداء احد
ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح وشرط عند ابي حنيفة ان يكون ظاهرا لانه اذا كان جنبا يغسل على ما يذكر في الكتاب وشرطه ان لا يكون
مرتثا على ما يذكر واما الصلاة عليه فقد خالف الشافعي وقال السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة وقلنا الصلاة على الميت
لاظهار كرامته والشهيد اولى بالكرامة وقوله والطاهر عن الذنوب جواب عن قوله السيف محاء للذنوب وقوله ومن قتل اهل الحرب
ظاهر مما ذكرنا واعترض بان من قتله اهل الحرب لا يحل معنى شهداء احد فباي شيء قتلوه لم يغسل واما اهل البغي وقطاع الطريق
فمن اهل الاسلام فلم يكن قتيلهم بمعنى شهداء احد فيشترط الحديدة او الالة التي لا تلبث في بيوت الشهادة واجيب بان كلا من
الفريقين لما امرنا بقتالهم الحق بقتال اهل الحرب قال الله تعالى في اهل البغي فقاتلوا التي تبغي الاية وقال صلى الله عليه وسلم في قطاع
الطريق قاتل دون مالك وقال من قتل دون ماله فهو شهيد واذا كان قتالهم مامورا به صار كقتال اهل الحرب وفي قتال اهل الحرب
الحكم تعميم الالة فكذا في قتالهم وقوله لان الجنب يسقط بالموت لانه خرج عن كونه مكلفا بالغسل عن الجنابة والثاني اي الغسل

سبب الموت لم يجب في الشهادة تمنعه فان قوله عليه السلام زملوهم بكلومهم ودمائهم لا يفصل بين الشهيد الجنب وغيره وعن ابي حنيفة
ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا تقع الجنابة الا ترى انه لو كان في ثوب الشهيد نجاسة تغسل تلك النجاسة ولا يغسل عنه الدم
قيل لو لم يكن رافعا لو جب الحدث اذا استشهد واللازم باطل فكذلك الملزوم واجيب بانه لا يلزم من ان لا يكون رافعا ان لا
يكون رافعا للادنى وبانه ثبت بالنص وقد صح ان حنظلة رضي الله عنه لما استشهد جنبا غسلته الملائكة فسئل رسول الله صلى الله عليه
وسلم اهله عن حاله فقالت انه اصاب مني الهيعة فاعجلته عن الاغتسال فقال عليه السلام هو ذاك الهيعة الصوت الذي تفزع منه — زوجته م
فان قيل الواجب غسل بني ادم دون الملائكة ولو كان ذلك واجبا لامر عليه السلام باعادة غسله اجيب بان الواجب هو الغسل واما
الغاسل فيجوز كائنا من كان الا ترى ان الملائكة لما غسلوا ادم تادى به الواجب ولم تعد اولاده غسله وقوله وعلى هذا الخلاف الحائض
والنفساء اذا طهرتا يعني عندهما لا يغسلان لان الغسل الاول سقط بالموت والثاني لا يجب بالشهادة وله ان الشهادة عرفت مانعة يغسلان
لان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة وكذا قبل الانقطاع في رواية وهو الاصح يغسلان لان الانقطاع حصل بالموت والدم سايل — قبله م
يوجب الاغتسال عند الانقطاع وقوله وعلى هذا الخلاف الصبي على ما ذكرنا وقوله بهذه الكرامة اي بسقوط الغسل
فان سقوط الغسل عن الشهيد لا يثبت الا بمظلوميته في القتل وكان اثرا له والمظلومية في حق الصبي اشد فكان اولى بهذه الكرامة
ولابي حنيفة ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة عن الذنب ولا ذنب للصبي فلا يكون في معناهم وما
لم يكن في معناهم غسل قوله وينزع عنه الفرو الى اخره مذهب وقال الشافعي رحمه الله لا ينزع عنه شي واحتج باطلاق قوله عليه
السلام زملوهم من غير فصل ولنا ما روي في السنن عن ابن عباس انه قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلى احد ان ينزع عنهم
الحديد والجلود وان يدفنوا بدمائهم وثيابهم وان اختار صرف الى الغاسل وهو معنى على ما ذكر في الكتاب وقوله ويزيدون
وينقصون ما شاءوا اي يزيدون ما شاءوا اذا كان ناقصا عن العدد المسنون وينقصون ما شاءوا اي اذا كان زائدا على العدد المسنون
وقوله ومن ارتث هو من قولهم ثوب رث اي خلق وكلامه ظاهر وقوله الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما اي حينئذ لا يغسل
قيل هذا اذا علم قاتله عينا واما اذا علم انه قتل بحديدة ظلما ولكن لم يعلم قاتله يغسل لان الواجب هنا كالدية والقسامة على اهل
المحلة ولفظ الكتاب يشير الى هذا لانه قال لان الواجب فيه القصاص ولا قصاص يجب الا على القاتل المعلوم وهو اي القصاص
عقوبة والقاتل لا يتخلص عن العقوبة ظاهرا في الدنيا ان وقع الاستيفاء او في العقبى ان لم يستوف فلو كان وجوب القصاص
مانعا عن الشهادة لانسد بابها وهو باطل فان قيل قد وجب بقتله القصاص فليس في معنى شهداء احد اذ لم يجب بقتلهم شي ومن ليس في
معناهم غسل اجيب بان فائدة القصاص ترجع الى ولي القتيل وساير الناس دون القتيل فلم يحصل له بالقتل شي كما لم يحصل لشهداء احد
بخلاف الدية فان نفعها يعود الى الميت حتى تقضى ديونه وتنفذ وصاياه وقوله وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لا يلبث
بمنزلة السيف يعني لا يلبث اي قتيل وجد في المصر انه قتل بحديدة عندهما بل اذا قتل من الحجر والخشب مثل السيف عندهما حتى
لا يغسل القتيل في المصر اذا عرف قاتله وعلم انه قتله بالمثقل لوجوب القصاص عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يجب
القصاص بالقتل بالمثقل ويعرف في الجنايات وقوله ومن قتل في حد او قصاص غسل لما روي ان ماعزا رضي الله عنه لما رجم جاء
عمه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قتل ماعز كما تقتل الكلاب فماذا تامرني ان اصنع به فقال عليه السلام لا تقل هذا فقد
تاب توبة لو قسمت توبته على اهل الارض لوسعتهم اذهب فغسله وكفنه وصل عليه ولانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق ومن كان لله
لم يكن في معنى شهداء احد فانهم بذلوا انفسهم لابتغاء مرضات الله فلا يلحق بهم وقوله ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل
عليه وقال الشافعي يصلى عليه لانه مومن الا انه مقتول بحق فهو كالمقتول في الرجم او قصاص ولنا ان عليا رضي الله عنه لم يصل
على البغاة فلم يغسلهم فقيل له اهم كفار فقال لا ولكنهم اخواننا بغوا علينا اشار الى انه انما ترك الغسل والصلاة عقوبة لهم
وزجرا لغيرهم وهو نظير المصلوب يترك على خشبه عقوبة له وزجرا لغيره والله اعلم

باب الصلاة في الكعبة

قد تقدم في اول باب صلاة الجنازة وجه تاخير هذا الباب فلا نعيده الصلاة في الكعبة جايزة فرضها ونفلها عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله فيهما قال صاحب النهاية كان هذا اللفظ وقع كهوا من الكاتب فان الشافعي يرى جواز الصلاة في الكعبة فرضها
ونفلها كذا اورده اصحاب الشافعي في كتبهم ولم يورد احد من علمائنا ايضا هذا الخلاف فيما عندي من النسخ واجيب بان المراد
ما اذا توجه الى الباب وهو مفتوح وليست العتبة مرتفعة قدر موخرة الرحل وهو حمل على السهو الا ان اطلاق كلامه
ينافيه قوله وقال مالك في الفرض يعني انه يجوز النفل في جوف الكعبة ولا يجوز الفرض ويقول الصلاة فيها جايزة من حيث انه استقبل
بعضها وفاسدة من حيث انه استدبر اخر والترجيح في باب الفرض للاحتياط فانها من العبادة وهو القياس في النفل ايضا الا انه ترك
لورود الاثر فيه وهو مبني على ان ما هو شرط جاز قيامه على القيام في الفرض في معنى ما هو من شرايط الجواز دون
الاركان ولانها صلاة استجمعت شرايطها لوجود استقبال القبلة لانه استقبل ما ليس بشرط كما لو صلى خارجها والاستدبار انما يوجب الفساد
اذا لم يستقبل بعضها لانتفاء المامور به وهو استقبال النظر منها واما اذا استقبل فممنوع فانه اتى بما امر به وقوله فان صلى الامام بجماعة
فيها اي الصلاة بالجماعة في جوف الكعبة لا يخلو عن وجوه اربعة اما ان يكون وجهه الى ظهر الامام او الى وجه الامام او يكون ظهره الى ظهر الامام
او الى وجهه والاول والثالث جايز بلا كراهة والرابع لا يجوز اما جواز الاول فظاهر واما جواز الثاني فلوجود المتابعة وانتفاء المانع

وهو

وهو التقدم على الامام واما الكراهية لتشبهه بعابد الصورة بالمقابلة فينبغي ان يجعل بينه وبين الامام سترة تحرزا عن ذلك
واما جواز الثالث فلما ذكره انه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطا قيل وهذا ليس بجواز لان من جعل ظهره
الى وجه الامام وهو الوجه الرابع متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطا ومع ذلك فلا تجوز صلاته وكان الواجب ان يقول
وهو غير متقدم عليه والجواب انه لما علل عدم الجواز في الوجه الرابع بالتقدم على الامام دل على انه مانع فاقتصر على ذكره في
الاول اعتمادا على انه يفهم من الثاني وقوله بخلاف مسالة التحري يعني اذا صلوا في ليلة مظلمة فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام
وهو يعلم حاله فانه لا تجوز صلاته لانه اعتقد امامه على الخطا وقد مر في باب شروط الصلاة وقد ظهر وجه عدم جواز
الوجه الرابع من هذا واما اذا كان على يمين الامام او يساره فهو ايضا جايز وهو ظاهر وقوله واذا صلى الامام في المسجد الحرام
تحلق الناس حول الكعبة في بعض النسخ فتحلق وهو ظاهر لانه عطف على قوله صلى وقوله فمن كان منهم اقرب حيزا اذا صلى واما
قوله يحلق بلا فاء فقال بعضهم حال بتقدير قد وقوله فمن كان جزا الشرط وقال بعضهم هو جزا الشرط وقوله فمن كان جملة اخرى
شرطية عطفت على الاولى وقوله اذا لم يكن في جانب الامام يشير الى انه لو كان اذا كان في جانب الامام لم يجز لوجود التقدم
لان التقدم والتاخر انما يظهر عند اتحاد الجانب قال بعض الشارحين لان التقدم والتاخر من الاسماء الاضافية فلا يظهر
الا عند اتحاد الجهة وفيه نظر لانهما من الاسماء الاضافية وليس للاضافة مدخل بالجهة وقال بعضهم لان عند اتحاد الجهة كان في معنى
من يجعل وجهه في ظهر الامام وهو جيد وقوله ومن صلى الى ظهر الكعبة اي على سطحها ولعل اختيار لفظ الظهر لورود لفظ
الحديث به على ما نذكره اراد ان صلاة من صلى على سطح الكعبة جازت صلاته عندنا وان لم يكن بين يديه سترة وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز الا ان يكون بين يديه سترة بناء على ان المعتبر في جواز التوجه اليها للصلاة البناء وعندنا ان القبلة هي الكعبة والكعبة
هي العرصة والهوا الى عنان السما ولا معتبر بالبنا لانه ينقل الا ترى ان من صلى على ابي قبيس جازت صلاته ولا شي من بنا الكعبة
بين يديه فدل على انه لا معتبر بالبنا وقوله الا انه يكره استثنا من قوله جازت صلاته وتذكير الضمير بتاويل فعل الصلاة او اداء
ما فيه اي في التنفل على ظهر الكعبة من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه قيل اي عن ترك التعظيم وقيل عن اداء الصلاة على ظهرها
روي عن ابي هريرة رضي الله عنه انه قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة في سبعة مواضع المجزرة والمزبلة والمقبرة
والحمام وقوارع الطريق ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله الحرام والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الزكاة

قرن الزكاة بالصلاة اقتداء بكتاب الله تعالى في قوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا الزكاة ولان الصلاة حسنة لمعنى في نفسها
بدون الواسطة والزكاة ملحقة بها وموضعه اصول الفقه والزكاة في اللغة عبارة عن النما يقال زكى الزرع اذا نمى وفي عرفا
وفي عرف الفقهاء اسم لفعل اذا حق يجب للمال يعتبر في وجوبه الحول والنصاب لانها توصف بالوجوب وهو من
صفات الافعال دون الاعيان وقد يطلق على المال المودى لان الله تعالى قال واتوا الزكاة ولا يصح الايتاء الا في العين
وسببها ملك النصاب النامي وشرطها الحرية والبلوغ والعقل والاسلام والخلو عن الدين وكمال النصاب حوليا وصفتها الفريضة
وحكمها الخروج عن عهدة التكليف في الدنيا والنجاة عن العقاب والوصول الى الثواب في العقبى قال والزكاة
واجبة على الحر الزكاة اي فريضة لازمة بالكتاب وهو قوله تعالى واتوا الزكاة والسنة المعروفة بني الاسلام على خمس — لعظام
الحديث واجماع الامة لم ينكرها احد من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وانما عدل عن ذكر الفرض الى
الواجب اما لان بعض مقاديرها وكيفياتها ثابت باخبار الاحاد او لان استعمال احدهما في موضع الاخر جايز مجازا او لان
قال ملكا تاما احترازا عن مال المكاتب فانه ملك المولى والمكاتب فيه ملك اليد وعن مال المديون فان صاحب الدين يستحقه
عليه فيكون مملوكا له قضاء وكلامه فيه ظاهر وقوله فادار الحكم عليه يعني يكون الاعتبار به دون حقيقة الاستنماء حتى اذا
ظهر النما او لم يظهر تجب الزكاة وقوله ثم قيل هو واجب على الفور وهو قول الكرخي فانه قال ياثم بتاخير الحج ويأثم بتاخير
الزكاة لان في الزكاة حق الفقرا فياثم بتاخير حقهم اما الحج فهو محض حق الله وروى هشام عن ابي يوسف انه لا ياثم بتاخير الزكاة وياثم
بتاخير الحج لان الزكاة غير موقتة اما الحج فهو موقت كالصلاة فربما لا يدرك الوقت في المستقبل وموضعه اصول الفقه وقوله
وليس على الصبي والمجنون زكاة هو الموعود بقوله لما نذكره وقوله هي غرامة مالية اي وجوب شي مالي استعار لفظ الغرامة للوجوب
لما ان حقيقة الغرامة هي ان يلزم الانسان ما ليس عليه كانه يقول الزكاة واجب مالي وكل واجب مالي يجب عليه كنفقة الزوجات — ماهوم
والعشر والخراج فالزكاة تجب عليه ويودي عنه الولي وهو قول ابن عمر وعايشة رضي الله عنهم ولنا انها عبادة لان العبادة هي
ما يوتى به العبد على خلاف هوى نفسه تعظيما لامر ربه والزكاة كذلك وقد قال صلى الله عليه وسلم بني الاسلام على خمس بها دل الحديث
هو عبادة الام وغيرها عبادة بالاتفاق فكذلك هي وكل ما يتادى الا بالاختيار تحقيقا للابتلا ولا اختيار لهما لعدم العقل وهو قول علي وابن
عباس رضي الله عنهم فان قيل الصلاة والصوم ولا يات على اصلكم تصح من الصبي فاما ان يكون باختيار او غيره فان كان
الاول فلتصح الزكاة بمثله من الاختيار وان كان الثاني انتقض قولكم وكل ما هو عبادة لا يتادى الا بالاختيار فالجواب
انا نقول انها باختيار قوله فلتصح الزكاة بمثله من الاختيار قلنا غير متصور لان ذلك اختيار لا يستلزم ضررا لعدم الوجوب
عليه وهذا الاختيار يستلزم الضرر فلا يكون مثل ذلك وقوله بخلاف الخراج جواب عن قوله وصار كالعشر والخراج

وقوله وكذا الغالب اي العشر معني المئونة ان سبب وجوب العشر الارض النامية باعتبار الخارج فيما الارض وهي الاصل وكانت المؤنة اصلاً فالجواب ان المؤنة ما يحتاج اليه للبقاء كالنفقة والزكاة ليست سبباً لبقاء المال وتمامه قررناه في التقرير قوله ولو افاق يعني المجنون في بعض السنة فهو بمنزلة الافاقة في بعض الشهر يعني اذا كان مفيقاً في جزء من السنة اولها او اخرها قبل او كثر بعد ملك النصاب تلزمه الزكاة كما لو افاق في جزء من شهر رمضان في يوم او ليلة لزمه صوم الشهر كله في قول محمد ورواية عن ابي يوسف لان السنة للزكاة بمنزلة الشهر للصوم والافاقة في جزء من الصوم كالافاقة في جميعه في وجوب صوم جميع الشهر فكذا هذا او عن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الحول فاذا كان مفيقاً فيه فقد غلب الصحة الجنون فصار كجنون ساعة فوجبت الزكاة وان كان مجنوناً فيه كان كالمجنون في جميع السنة ولا فرق بين الجنون الاصلي وهو ان يدرك مجنوناً والعارض وهو ان يدرك مفيقاً ثم يجن على ظاهر الرواية يعني اذا افاق في بعض السنة وجب الزكاة سواء كان الجنون اصلياً او عارضاً لما ذكرنا وكذا على قول ابي يوسف لان المعتبر عنده الافاقة في اكثر السنة من غير نظر الي الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة في الاصلي انه يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ لان التكليف لم يسبق هذه الحالة فصارت الافاقة بمنزلة بلوغ الصبي واما اذا اطبق الجنون فان استمر سنة سقط لانه استوعب مدة التكاليف وهي الصلاة والصوم والحج وان كان اقل من ذلك لم يعتبر قوله وليس على المكاتب زكاة فقد ذكرنا ان المكاتب ليس له ملك تام فلا يجب عليه زكاة ومن عليه دين يحيط بماله وله مطالب من جهة العباد سواء كان الزكاة او للعباد كالقرض وثمن المبيع وضمان المتلف وارش الجراحة ومهر المراة سواء كان من النقود او من غيرها وسواء كان حالاً او موجلاً فلا زكاة عليه وقال الشافعي رحمه الله تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام فان المديون مالك لماله فان مال الحر الصحيح يجب في ذمته ولا تعلق له بماله ولهذا املك التصرف فيه كيف شاء وقلنا انه مشغول بحاجته الاصلية اي معد لما يدفع الهلاك حقيقة او تقديراً لان صاحبه محتاج اليه لاجل قضاء الدين دفعاً للحبس والملازمة عن نفسه وكل ما هو كذلك اعتبر معدوماً كالماء المستحق بالعطش لنفسه او دابته وثياب المهنة وهذا الافتقار راجع الي نقصان الملك فان لصاحب الدين ان ياخذه من غير رضا ولا قضاء وكان ملكاً ناقصاً قوله وان كان له مال اكثر من دينه ظاهر واعلم ان المديون اذا كان له صنوف من الاموال المختلفة والدين مستغرق ببعضها صرف اولاً الي النقود فان فضل شيء منه صرف الي عروض التجارة دون السائمة فان فضل شيء منه صرف الي مال القنية فان كان له نصيب من الابل والبقر والغنم يصرف الي اقلها زكاة حتي ان في هذه المسئلة يصرف الدين الي الابل والغنم ولا يصرف الي البقر ثم المالك بالخيار ان شاء صرفه الي الغنم وان شاء صرفه الي الابل لانحاد الجنس فيهما والاصل في هذه المسائل ان ما كان انفع الي الفقراء لا يصرف الدين اليه قوله والمراد دين له مطالب ظاهر قوله حال بقاء النصاب وكذا بعد الاستهلاك صورته رجل ملك مائتي درهم فمضي عليه حولان ليس عليه زكاة الثانية لان وجوب السنة الاولى صار مانعاً عن وجوبها في السنة الثانية لانتقاص النصاب بزكاة الاولى ولو حال الحول على مائتين فاستهلك النصاب قبل اداء الزكاة ثم استفاد مائتي درهم وحال الحول على المستفاد لا تجب عليه زكاة المستفاد لان وجوب النصاب الاول دين في ذمته بسبب الاستهلاك يمنع وجوب الزكاة وقوله خلافاً لزفر فيهما اي في النصاب الذي وجب فيه الزكاة وفي النصاب الذي وجب فيه دين الاستهلاك فانه لم يجعل هذين الدينين مانعين عن الزكاة لانه لا مطالب له من جهة العباد فصار كدين النذور والكفارة وقوله ولابي يوسف في الثاني اي في النصاب الذي وجب فيه دين الاستهلاك على ما روي عنه اي على ما روي عنه اصحاب الاملاء وقوله لان له مطالباً وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك نوابه دليله وهذا لان ظاهر قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة يثبت للامام حق الاخذ من كل مال وكذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتان رضي الله عنهما بعده كانوا ياخذون الي ان فوض عثمان رضي الله عنه في خلافته اداء الزكاة عن الاموال الباطنة الي ملاكها لمصلحة هي ان النقد مطمع كل طامع فكره ان يفتش السعاة على التجار مستور اموالهم ففوض الاداء اليهم وحق الاخذ للساعي بعوض المرور في ذلك ايضاً فانه اذا امر على العاشر كان له ان ياخذ منه الزكاة فيطالبه فتحقيقه ملك لك منع وجوب الزكاة وبهذا فرق ابو يوسف بين دين الزكاة ودين الاستهلاك فان دين النصاب المستهلك لا مطالب له من جهة العباد بخلاف النصاب القائم فانه يمكن ان يمر به على العاشر فيثبت له ولاية المطالبة هاهنا وقوله لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية يعني ان الثقل بالحاجة الاصلية وعدم النماء كل منهما مانع من وجوبها وقد اجتمعا هاهنا اما كونها مشغولة فلانه لابد له من دار يسكنها وثياب يلبسها واما عدم النماء فلانه اما حلي كالرطب والفضة او بالاعداد للتجارة وليسا بموجودين هاهنا وقوله وعلى هذا كتب العلم يعني انها تمنع وجوبها اذ المعد للتجارة سواء كانت من اهلها او من غيرهم لعدم النماء وعلى هذا فقوله لاهلها غير مقيدة وانما قيد في حق المصرف فان اهل كتب العلم اذا كانت كتبه تساوي مائتي درهم فان كان يحتاج اليها للتدريس ونحوه جاز صرف الزكاة اليه والا فلا وقوله والات المحترفين قيل يريد بها ما ينتفع بعينه فلا يبقى اثره في المعمول كالقدوم والحرض وغيرها لكون الاجر حينئذ مقابلاً بالمنفعة ولا يعد من مال التجارة واما ما يبقى اثره فيه كما لو اشترى الصباغ عصفراً او زعفراناً ليصبغ للناس بالاجر وحال عليه الحول فانه يجب عليه الزكاة اذا بلغ نصاباً لان الماخوذ من الاجر مقابل بالعين وقوله لما قلنا يعني انها ليست بنامية قوله ومن له على آخر دين فجحده سنين لما فرغ من بيان من تجب عليه الزكاة ومن لا تجب شرع في بيان الاموال التي لا تجب فيها

وهي

وهي ما يسمي ضماراً وهو الغائب الذي لا يرجي فان رجي فليس بضمار لذا نقل المطرزي عن ابي عبيد واصله من الاضمار وهو التغيب والاخفاء ومنه اضمر في قلبه وشيء واشتقاقه الضمار ما يكون عينه قائماً ولا ينتفع به كالدين المجحود والمال المفقود والعبد الآبق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة وقوله معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس انما قيد بذلك احترازاً عن مسئلة تاتي بعد هذا وهي قوله وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة وقوله والمدفون في المفازة احترازاً عن المدفون في ارض له او كرم او بيت على ما ياتي وقوله لهما اي لزفر والشافعي ان السبب قد تحقق والمانع منتف وكل ما كان كذلك تحقق الحكم لا محالة اما تحقق السبب فلانه ملك نصاباً نامياً وهو ظاهر واما انتفاء المانع فلانه ان كان ثم مانع لكان فوات اليد وهو لا يخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكاة في المال الضمار وقوله ولان السبب المال النامي الي آخره دليل يتضمن الممانعة بان نقول لا نسلم ان السبب هو المال النامي وهو غير متحقق لان النماء انما يكون بالقدرة على التصرف ولا قدرة على المال الضمار وقوله وابن السبيل يقدر بنائبه جواب عن قولهما كمال ابن السبيل وتقريره سلمنا ان السبب قد تحقق ولكن لا نسلم ان المانع منتف قوله وفوات اليد غير مخل بالوجوب قلنا ممنوع وقوله كمال ابن السبيل قلنا قياس فاسد لان ابن السبيل قادر على التصرف بنائبه ولهذا لو باع شيئاً من ماله جاز لقدرته على التسليم بنائبه وقوله والمدفون في البيت نصاب اي موجب لوجوب الزكاة والوجوب لتيسر الوصول اليه لكون البيت يحده بجميع اجزائه فيصل اليه بحفره وفي المدفون في ارض مملوكة او كرم اختلاف مشائخ بخارا فقيل يجب لامكان حفر جميع الارض والوصول اليه وقيل لا يجب لان حفر جميعها ان لم يكن متعذراً كان متعسراً والحرج مدفوع ولو كان الدين على مقر ملي اي غني معسر او معسر يجب الزكاة لامكان الوصول اليه في ملي او بواسطة التحصيل يعني في المعسر كان من قبيل اللف والنشر على السنن وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم القاضي به لما قلنا يعني من امكان الوصول اليه قال الامام فخر الاسلام ولو كان له بينة عادلة وجبت الزكاة فيما مضي فانه لا يعد تاويلاً ان حجة البينة فوق حجة الاقرار وهذا رواية هشام عن محمد وفي رواية اخرى عنه قال لا تلزمه الزكاة لما مضي وان كان يعلم ان له بينة اذ ليس كل شاهد يعدل ولا كل قاضي يعدل وفي المجاثاة بين يدي القاضي للخصومة ذل والبينة بدون القضاء لا تكون موجبة شيئاً بخلاف الاقرار لانه يوجب الحق بنفسه وبخلاف ما اذا كان الدين معلوماً للقاضي لان صاحب الدين هناك لا يحتاج الي الخصومة لان القاضي يلزمه بعلمه وقوله ولو كان على مقر مفلس بفتح اللام المشددة فهو نصاب اي موجب للزكاة عند ابي حنيفة رحمه الله لان تفليس القاضي اي النداء عليه بانه افلس لا يصح عنده وكان وجوده كعدمه ولو لم يفلس وجبت عليه بالاتفاق لان مكان الوصول بواسطة التحصيل كما لو كان الدين على مقر مفلس وعند محمد لا تجب عليه لتحقق الافلاس بالتفليس ولما صح التفليس عنده جعله بمنزلة المال التاوي والمجحود وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس حتي يسقط المطالبة الي وقت اليسار ومع ابي حنيفة في حكم الزكاة فيجب لما مضي اذا قبض عملاً رعاية لجانب الفقراء وقوله ومن اشتري جارية للتجارة ظاهر وحاصله ان النية اذا اقترنت بالعمل وجب اعتبارها واذا تجردت عن العمل لا يعتبر فيما يتعلق ثبوته بالجوارح والتجارات عمل الجوارح فلا يتحصل بمجرد النية لانها تحصل بمجرد الفعل تصحيح لترك الفعل دون اثباته وقوله وان اشترى شيئاً ونواه للتجارة كان مبناه ما تقدم فانه اذا اشترى ونوى وجد بينه العمل واذا اورث ونجردت النية عن العمل لان الميراث يدخل في ملكه بغير عمله وصنعه حتي ان الجنين يرث وان لم يكن منه فعل ولو ملكه بالهبة او بالوصية وبغيرهما مما ذكر في الكتاب ونوى للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف لاقترانها بالعمل وهو القبول وعند محمد لا يكون للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة لان هذه العقود ليست بتجارة والحاصل ان ما يدخل في ملك الرجل على نوعين نوع يدخل بغير صنيعه كالارث ونوع يدخل بصنعه وهو ايضاً على نوعين بدل عن مال كالشراء والاجارة وغيره كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد وبغير بدل كالهبة والصدقة والوصية فالذي يدخل بغير صنيعه لا يعتبر فيه نية التجارة بمجرده بالاتفاق والذي يدخل ببدل غير مالي او بغير بدل فقد اختلف فيه على ما ذكرنا قيل قوله وان اشترى شيئاً ونواه للتجارة كان للتجارة ليس على اطلاقه فان من اشترى شيئاً لم يصح فيه نية التجارة لا يصير للتجارة كمن اشترى ارضاً عشرية او خراجية بنية التجارة فانه لا يجب فيه زكاة التجارة لان نية التجارة فيها لا تصح لانه لو صحت لزم فيها اجتماع الحقين بسبب واحد وهو الارض وهو لا يجوز اذا لم يصح بنية الارض على ما كانت وقوله وقيل الاختلاف على عكسه يعني ما نقل الاسبيجابي في شرح الطحاوي عن القاضي الشهيد انه ذكر في مختلفه هذا الاختلاف على عكس ما ذكر في الكتاب وهو انه في قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يكون للتجارة وفي قول محمد يكون لها ولا يجوز اداء الزكاة الا بنية مقارنة للاداء لان الزكاة عبادة فلابد لها من نية ولا معتبر بها الا اذا قارنت العمل فان قارنت الاداء فظاهر وان قارنت عزل مقدار الواجب فلما ذكر بقوله الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيراً فانا لو شرطنا وجودها عند كل دفع لزم الحرج وكان كتقديم النية في الصوم قوله ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكاة اي غيرناو لها سقط عنه فرضها استحساناً والقياس ان لا يسقط قبلاً وهو قول زفر لان النفل والفرض كلاهما مشروعان فلابد من التعيين كما في الصلاة ووجه الاستحسان ما ذكره ان الواجب جزء منه اي من جميع المال وهو ربع العشر وكان متعيناً فيه اي في الجميع والمتعين لا يحتاج الي التعيين ولقائل ان يقول الواجب متعين بتعيين الواجب او بتعيين الشارع لا سبيل الي الاول لكونه خلاف المفروض والثاني انما يعتبر اذا لم يزاحمه مزاحم كصوم رمضان وهذا ليس كذلك لان

النقل مشروع والجواب انه متعين بتعيين المودي بدلالة حاله كمن اطلق نية الحج وعليه حجة الاسلام والمؤدى هنا تعينه نصا
لا دلالة ولو سلك هاهنا المسلك الذي سلكته في التقرير وهو ان يقال الزكاة سقطت عنه لانه اداها والعفو عنه انما هو تخفيف
عليه فيكتفي بمطلق النية بتغير العلة كان اسهل من هذا ولو ادى بعض النصاب سقط زكاة المودى عند محمد لان الواجب شايع
فلو تصدق بالجميع سقط الجميع فكذا اذا تصدق بالبعض اعتبارا للبعض بالكل وعند ابي يوسف لا يسقط لان البعض المودى
غير متعين لمحله بعض الواجب الذي تحصص لكون الباقي محلا للواجب وجرت مزاحمة ساير الاجزاء بخلاف ما اذا تصدق
بالجميع بلا نية فانه لم يبق ثم مزاحم ولقايل ان يقول الباقي محل للواجب كله او لحصته والاول عين النزاع والثاني هو المطلوب
وروي ان ابا حنيفة مع محمد في هذه المسلة باب صدقة السوائم ذكر في المبسوط انما بدا محمد رحمه الله بذكر كتاب
الزكاة بزكاة المواشي اقتدا بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الصدقة واراد بها الزكاة اقتدا بقوله تعالى انما الصدقات
للفقرا والمساكين والسوايم جمع سايمة من سامت الماشية اي رعت وسومها اسامها صاحبها اسامة فصل في الابل
بدا في صدقة السوايم بفصل الابل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب لابي بكر رضي الله عنه هكذا والذود من الابل
من الثلث الى العشر وهو مونث لا واحد لها من لفظها واضافة خمس الى ذود كالاضافة في قوله تسعة رهط في كونها اضافة العدد
الى مميزه الذي هو بمعنى الجمع لغو لتسعة انفس فان قيل الاصل في الزكاة ان يجب في كل نوع منه فكيف وجبت الشاة في الابل
قلت بالنص على خلاف القياس ولان الواحد من خمس خمس والواجب ربع العشر وفي ايجاب الشقص ضرر عيب الشركة فاوجبت
الشاة لانها تقرب من ربع عشر الابل لانها كانت تقوم بخمسة دراهم هناك وبنت مخاض باربعين فيجابها في خمس من الابل كايجاب
الخمس في المايتين من الدراهم قوله فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض على هذا اتفقت الاثار واجمع العلماء الا ما
روي شاذا عن علي رضي الله عنه انه قال في خمس وعشرين خمس شياه وفي ست وعشرين ابنة مخاض قال سفيان الثوري هذا
غلط وقع من رجال علي رضي الله عنه فانه وافقه من ان يكون هكذا لان في هذا موالاة بين الواجبين لا وقص بينهما وهو خلاف اصل
الزكاة فان مبناها على ان الوقص يتلو الوجوب وقوله وهي التي طعنت اي دخلت في الثانية وانما سميت بنت مخاض لمعنى
في امها لان امها صارت مخاضا اي حبلى وكذلك سميت بنت لبون لمعنى في امها فانها لبون بولادة اخرى وسميت حقة لمعنى
فيها وهو انه حق لها ان تركب ويحمل عليها وسميت جذعة بفتح الدال لمعنى في اسنانها معروف عند ارباب الابل وهي اعلى الاسنان
التي توجد في زكاة الابل وبعده ثني وسديس وبازل ولا يجب شي من ذلك لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم السعاة عن اخذ كرايم اموال
الناس واعلم ان من صفات الواجب في الابل الانوثة قال صاحب التحفة لا يجوز فيها سوى الاناث الا بطريق القيمة وقيل في ذلك
بان الشرع وجعل الواجب في نصاب الابل الصغار دون الكبار بدليل انه لا يجوز الاضحية بها وانما يجوز بالثني فصاعدا وكان ذلك
تيسيرا لارباب المواشي وجعل الواجب ايضا من الاناث لان الانوثة بعد فصلا في الابل فصار الواجب وسطا وقد جاءت السنة بتعيين
الوسط ولم يتعين الانوثة في البقر والغنم لان الانوثة فيهما لا تعد فصلا وقوله يستانف الفريضة تفسير الاستيناف انه لا يجب
فيما زاد على ماية وعشرين حتى يبلغ الزيادة خمسا فاذا بلغت خمسا كان فيها شاة مع الواجب المتقدم وهو الحقتان فقوله
مع الحقتين قيد فيما ياتي بعده اي قوله بنت مخاض وقوله الى ماية وخمسين يعني من اول النصاب فيكون جملة النصاب ماية وخمسة واربعين
لحقتين وبنت مخاض فاذا زادت على ذلك خمسة صارت ماية وخمسين ففيها ثلث حقاق وقوله ثم يستانف الفريضة فيكون في
الخمسين شاة يعني في ثلاث حقاق وكذلك فيما بعده وقوله ثم يستانف الفريضة ابدا كما يستانف في الخمسين شاة يعني في ثلاث
حقاق وكذلك فيما بعده وقوله ثم يستانف الفريضة ابدا كما يستانف في الخمسين التي بعد الماية والخمسين قيده بذلك احترازا
عن الاستيناف الذي بعد الماية والعشرين صار كل النصاب ماية وخمسة واربعين لانه نصاب بنت المخاض مع الحقتين فلما زاد
عليها خمس وصارت ماية وخمسين وجبت ثلاث حقاق قوله وهذا اي الاستيناف بعد الماية والعشرين وبعد الماية والخمسين
وبعد المايتين مذهبنا وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما وقال الشافعي رحمه الله اذا زادت على ماية وعشرين
ففيها ثلاث بنات لبون فاذا صارت ماية وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات
فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة واستدل على ذلك بما روي انه كتب اذا زادت الابل على ماية وعشرين ففي كل
خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون ولم يشترط عددا دونها يعني من غير ان يوجب في خمس وعشرين بنت مخاض وفي غير ان يوجب
في الخمس شاة ولنا حديث قيس بن سعد رضي الله عنه قال قلت لابي بكر رضي الله عنه محمد بن عمرو بن حزم اخرج لي كتاب الصدقات
الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فكتب كتابا في ورقة وفيه فاذا زادت الابل على ماية وعشرين استونفت الفريضة
فما كان اقل من خمس وعشرين ففيها الغنم في كل خمس ذود شاة فيعمل بالزيادة اذ ليس في حديثهم ما ينفي ذلك وقد عملنا بحديثهم ايضا
لانا اوجبنا في الاربعين بنت لبون فان الواجب في الاربعين ما هو الواجب في ستة وثلثين ولذلك اوجبنا في خمسين حقة وقوله
والبخت والعراب سواء البخت جمع بختي وهو المتولد بين العربي والعجمي منسوب الى بخت نصر والعراب جمع عربي وانما كانا سواء
لان اسم الابل المذكور في الحديث يتناولهما واختلافهما في الصفة لا يخرجهما من النوع فصل في البقر قدم فصل
البقر على الغنم لمساسها بالابل ضخامة وقيمة وهو مشتق من بقر اذا شق وسمي به البقر لانه يشق الارض ولا خلاف في ان الثلثين

والاربعين

فاصح م

والاربعين نصاب زكاة البقر على ما ذكر في الكتاب واختلفت الرواية فيما زاد على الاربعين فيما يذكر والتبيع من البقر ما يتبع امه
والمسن منه ومن الشاة ما تمت له سنتان وانما خير بين الذكر والانثى لان الانوثة في البقر لا تعد فصلا كما تقدم قوله يعني اي ما
ذكرنا من التبيع او التبيعة في الثلاثين والمسن والمسنة في اربعين امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا رضي الله عنه فاذا
زادت على الاربعين فعند روى عن ابي حنيفة رضي الله عنه ثلاث روايات ففي رواية الاصل يجب في الزيادة بقدر ذلك الى
ستين ففي الواحدة الزايدة ربع عشر مسنة وفي الاثنين نصف عشر مسنة وفي رواية الحسن عنه لا شي في الزيادة حتى يبلغ خمسين
ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع وفي رواية اسد بن عمرو عنه وهو قول ابي يوسف ومحمد رضي الله عنهما لا شي في الزيادة حتى
يبلغ ستين وجه الاولى ان العفو فيما بين الثلاثين والاربعين وبين الستين وما فوقها ثبت نصا بخلاف القياس لما فيه من اخلا
المال عن الواجب مع قيام المقتضي وهو اطلاق قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة وقيام الاهلية ولا نص هاهنا فاوجبنا فيما
زاد بحسابه وتحملنا التشقيص وان كان خلاف موضع الزكاة ضرورة تعذر اخلايه عن الواجب ووجه رواية الحسن ان مبنى
هذا النصاب اي نصاب البقر على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب بدليل ما قبل الاربعين وبعد الستين
فيكون بين الاربعين والستين كذلك لكنه يخير بين اعطا ربع مسنة وثلث تبيع لان الزيادة على الاربعين عشرة وهي ثلث
ثلثين وربع اربعين فيخير بينهما ووجه رواية اسد وقولهما قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل رضي الله عنه لا تاخذ من
اوقاص البقر شيا وفسروه بما بين اربعين الى ستين والاوقاص جمع وقص بفتح القاف وهو ما بين الفريضتين قلنا قد
قيل ان المراد بها الصغار يعني ان المراد بالاوقاص العجاجيل ونحن نقول بذلك فصل ثم في الستين تبيعان الى اخره ظاهر
لا يحتاج الى شرح فصل في الغنم قدم فصل زكاة الغنم على الخيل اما لكون الحاجة الى بيانه امس لكثرته واما لكونه متفقا
عليه والغنم اسم جنس يقع على الذكر والانثى وما في الكتاب ظاهر الا كلمات نذكرها قوله والضان والمعز سواء
يعني في تكميل النصاب لا في ادا الواجب لما سنذكر ان الجذع من المعز لا يجوز وقوله لان النص ورد به يعني ما كتب في كتاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم في اربعين من الغنم شاة الحديث قوله والجذع ما اتى عليه اكثرها روي عن الفقيه علي الدقاق انه ما طعن
في الشهر التاسع وعن ابي عبد الله الزعفراني انه ما طعن في الشهر الثامن وذكر في شرح الاقطع ان الفقهاء قالوا الجذع من الغنم
ما تمت له ستة اشهر هذا تفسير علماء الفقه وعن الازهري الجذع من المعز لسنة ومن الضان لثمانية اشهر والثني الذي القى ثنيته
وهو من الابل ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة ومن الغنم والبقر ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة وهو في كلها
بعد الجذع وقيل الرباعي وهذا تفسير اهل اللغة قوله وعن ابي حنيفة وهو قولهما يريد به ما روى الحسن عنه وقوله
ولانه يتادى به الاضحية فكذا الزكاة يعني ان باب الاضحية اضيق الا ترى ان التضحية بالتبيع والتبيعة لا يجوز ويجوز
اخذهما في الزكاة فاذا كان للجذع مدخل في الاضحية ففي الزكاة اولى وقوله وجواز التضحية جواب عن قوله ولانه يتادى به
الاضحية فكذا الزكاة يعني ان باب الاضحية اضيق الا ترى ان التضحية بالتبيع والتبيعة لا يجوز ويجوز اخذهما في الزكاة
فاذا كان للجذع مدخل في الاضحية ففي الزكاة اولى وقوله وجواز التضحية جواب عن قوله ولانه يتادى به الاضحية
يعني ان جواز التضحية بالجذع عرف نصا خاصا في التضحية وهو قوله صلى الله عليه وسلم نعمت الاضحية الجذع من الضان
فلا يتعداها والزكاة ليست في معناها لان المقصود بها اراقة الدم والجذع يقارب الثني في ذلك ولا كذلك الزكاة فلا
يلحق بالتضحية دلالة فصل في الخيل وجه تاخيره عن فصل الغنم قد تقدم وكلامه واضح وقوله هو المنقول
اي ما قيد رويناه بفرس الغازي هو المنقول عن زيد بن ثابت رضي الله عنه فان هذه الحادثة وقعت في زمن
مروان فشاور الصحابة رضي الله عنهم فروى ابو هريرة تحجيج حتى امر وان ليس على الرجل في عبده ولا في فرسه صدقة فقال
مروان لزيد بن ثابت ما تقول يا ابا سعيد فقال ابو هريرة عجبا من مروان اخذته بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهو يقول ما تقول يا ابا سعيد فقال زيد صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما اراد به فرس الغازي فاما ما حبس
يطلب نسلها ففيها الصدقة فقال لم فقال في كل فرس دينار او عشرة دراهم والتخيير بين الدينار والتقويم ماثور عن عمر رضي
الله عنه فانه كتب الى ابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه يامره ان ياخذ عن الخيل السايمة كل فرس دينارا او عشرة دراهم وقيل كان ذلك
في خيل العرب لتقاربها في القيمة فاما في افراسنا فتقومها لا غير فان قيل لو وجب فيها الزكاة لكان للامام اخذها جبرا ولو وجب
من عينها كما في ساير السوايم وليس كذلك بالاجماع اجيب بانه لم يثبت له ذلك لان الخيل مطمع لكل طامع فيخشى على صاحبه التعدي
بالاخذ ولم يجب من عينها لان مقصود الفقير لا يحصل به لكونه غير ماكول اللحم عنده قوله وليس في ذكورها منفردة زكاة لانها لا
تتناسل استشكل بذكور الابل والبقر والغنم منفردات فانها لا تتناسل ووجب فيها الزكاة واجيب بان النما شرط وجوب
الزكاة لا محالة وهو في الخيل بالتناسل لا غير ولا تناسل في ذكور الخيل منفردة واما غيرها فالنما فيه كما يكون بالنسل يكون
باللحم والوبر فيجب فيه الزكاة فان قيل فما وجه الرواية التي يجب فيها في الذكور المنفردة ايضا ولا نسل ثم على ما ذكر اجيب
بان وجهها ان الاناث رحيلها تطرق ساير انواع السايمة فانه بسبب السوم تخف المونة على صاحبه وبه يصير به مال الزكاة
وكانت كانواعها وقوله لم ينزل علي فيها شي روي انه سيل عن الحمير فقال لم ينزل فيها الا هذه الاية الجامعة فمن يعمل مثقال

فصل قال صاحب النهاية وجدت في هذا الموضع مكتوبا بخط شيخي ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره
رحمه الله وجه مناسبة ايراد هذه المسئلة ههنا هو انه لما فرغ عن بيان حكم الكبار من السوائم شرع في بيان حكم الصغار
اقول ليس الفصل مختصا بذلك بل في غيره وكان الفصل ههنا كما يلي شتى يكتب في اثر الابواب والفصلان جمع الفصيل
ولد الناقة من فصل الرضيع عن امه والحملان بضم الحاء وقيل بكسرها الصحيح جمع الحمل ولد الضان في السنة الاولى والعجاجيل جمع
عجول من اولاد البقر حتى تضعه امه الى شهر كذا في المغرب قيل في صورة المسئلة رجل اشترى خمسة وعشرين من
الفصلان او ثلاثين من العجاجيل او اربعين من الحملان او وهب له ذلك هل ينعقد عليه الحول اولا على قول ابي حنيفة
ومحمد لا ينعقد وعند غيرهما ينعقد حتى لو حال الحول عليها من حين ما ملكها وجبت الزكاة وقيل صورتها اذا كان
له نصاب سائمة فمضى عليه ستة اشهر فتوالدت مثل عددها ثم هلكت الاصول وبقيت الاولاد هل يبقى حول الاصول على
الاولاد عندهما لا يبقى وعند الباقين يبقى وذكر الطحاوي في اختلاف العلماء عن ابي يوسف انه قال دخلت على ابي حنيفة
فقلت ما تقول فيمن ملك اربعين حملا قال فيها شاة مسنة قلت ربما تاتي قيمة الشاة على اكثرها او جميعها فتامل ساعة
ثم قال ولكن يؤخذ واحدة منها فقلت او يؤخذ الحمل في الزكاة فتامل ساعة ثم قال لا اذا لا يجب فيها شيء فاخذ
بقوله الاول زفر وبقوله الثاني ابو يوسف وبقوله الثالث محمد وعد هذا من مناقبه حيث تكلم في مسئلة في مجلس واحد بثلاثة
اقاويل فلم يضيع شيء منها وجه قوله الاول ان الاسم المذكور يتناول الصغار والكبار لكونه اسم جنس كاسم الادمي ولهذا
لو حلف لا ياكل لحم ابل فاكل لحم الفصيل حنث والجواب بان الواجب قليلا من الكثير واخذ المسنة من الصغار ليس
كذلك لان قيمتها قد تاتي على اكثر النصاب ووجه قوله الثاني انا لو اوجبنا فيها ما يجب في المسان وهو لا يوجد فيها
كان اضرارا بارباب الاموال وهو يقتضي عدم الوجوب ولو لم يوجب شيئا كان اضرارا بالفقراء لان الصغار
نصاب فان الكبار يكمل بها نصابا وكل ما هو كذلك كان نصابا بنفسه كالمهازيل وعكسه الحرفان لا يكمل بها نصابا
فلا يكون في نفسها نصابا فاوجبنا واحدة منها كما في المهازيل فانا لا نوجب فيها السمين وانما نوجب واحدة منها
وهذا معنى قوله تحقيق النظر من الجانبين ووجه قول الاخرين ما قاله ان المقادير لا تدخلها القياس الى اخره
وتحقيقه ان ايجاب ما ورد به الشرع من الاسنان ههنا ممتنع لانها لا توجد في الصغار واذا امتنع ما ورد به الشرع
ههنا امتنع اصلا لانه لو جاز لكان بالقياس والمقادير لا تدخلها القياس والعقل يستحيل عن هذا جواب ابي يوسف
فانه قاس على المهازيل وهو فاسد لان الكبار يوجد منها ما ورد به الشرع من الاسنان ولو كان فيها واحد من المسان الى اخره
يعني انه اذا كان في الحملان كبار جعلت الصغار تبعا لها في انعقادها نصابا ولا تتادى الزكاة بالصغار بل يدفع لها من الكبار
ان كان على مقدار الواجب بيانه اذا كانت له مسنان وثمانية وتسعة عشر حملا يجب فيها مسنتان وان كانت له مسنة واحدة
ومائة وعشرون حملا فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجب مسنة واحدة وعند ابي يوسف رحمه الله مسنة وحمل
وعلى هذا القياس فصل الابل والبقر والاصل في ذلك ما قال عمر رضي الله عنه عد عليهم السخلة ولو جاء بها الراعي يحملها على كفه
ولا تاخذها منهم وقد بنى عن اخذ الصغير عند الاختلاط وقوله ثم عند ابي يوسف الى اخره يعني ان الروايات عند ابي يوسف
اختلفت في الفصلان وروى محمد عنه انه لا يجب فيها الزكاة حتى تبلغ عددا لو كانت كبارا وجب فيها واحد منها وذلك
بان يبلغ خمسة وعشرين ثم ليس في الزيادة شيء حتى يبلغ مبلغا حتى لو كانت مسانا تثنى الواجب وذلك بان يبلغ ستة
وسبعين فحينئذ يجب منها اثنتان ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا تثلث الواجب بان يبلغ مائة وخمسة واربعين
فيجب منها ثلاثة ولا يجب فيما دون خمسة وعشرين ووجهه ان الواجب كان يتعين بالنص باعتبار العدد والسن وقد تعذر
السن في الفصلان فبقي العدد معتبرا قال محمد وهذا غير صحيح فان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب في خمسة وعشرين واحدة
في مال اعتبر قبله اربعة نصب واوجب في ست وسبعين في موضع اعتبر بلا ثلاثة نصب بينها وبين خمسة وعشرين وفي المال الذي
لا يكون اعتبار هذه النصب لو اوجبنا كان بالراي لا بالنص وروى ان سماعة عنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا
فصيل هكذا الى خمسة وعشرين ووجهه انه ينظر في الخمس الى قيمة خمس فصيل والى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة
شاتين والى قيمة خمسي فصيل وفي خمسة عشر يجب الاقل من قيمة ثلاث شياه ومن قيمة ثلاثة اخماس فصيل وفي العشرين يجب
الاقل من اربع شياه ومن اربعة اخماس فصيل وفي الخمس والعشرين يجب واحدة منها وهذا معنى قوله على هذا الاعتبار
ووجه هذه الرواية ان الاقل متيقن فيتعين قوله ومن وجب عليه سن السن هي المعروفة ثم سمي بها صاحبها
كالناب للمسنة من النوق ثم استعير لغيره كابن المخاض وابن اللبون واراد دات السن انها تكون في الحيوان لا في الانسان
لان عمر الدواب يعرف بالسن قوله ومن وجب عليه سن صورة المسئلة رجل وجب عليه بنت لبون ولم يوجد عنده ياخذ المصدق
الحقة ويرد الفضل او وجب عليه الحقة ولم يوجد ياخذ بنت اللبون وياخذ الفضل قال في النهاية ظاهر ما ذكر في الكتاب يدل
على ان الخيار للمصدق وهو الذي ياخذ الصدقات ولكن الصواب ان الخيار الى من عليه لان الخيار شرع رفقا لمن
عليه الواجب والرفق انما يتحقق بتخييره وكانه اراد به اذا اتى بقيمتي من عليه اذ الظاهر من حال المسلم انه يختار ما

هو

هو ارفق بالفقراء اقول ما ظاهر ما ذكر في الكتاب لا يدل على ذلك فانه يدل على ان الخيار في الوجه الاول للمصدق حيث قال
له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شراء وفي الوجه الثاني لمن عليه حيث قال يخير لانه لا يبيع فيه بل هو اعطاء — كتاب م
بالقيمة ولا يعدمي ان يكون المختار على ما ذكر من الدليل هذا ان اراد بالدليل الهداية وان اراد به القدوري فالظاهر منه ليس
مرادا كما استدل عليه المصنف وفي قوله ورد الفضل اشارة الى نفي مذهب الشافعي وهو ان ما بين جبران السنين
عنده مقدر بشاتين او عشرين درهما لقوله عليه السلام من وجب عليه في ابله بنت لبون فلم يجد المصدق الا حقة اخذها
ورد شاتين او عشرين درهما ان استيسر عليه وعندنا ذلك بحسب الغلاء والرخص وانما قال عليه السلام ذلك لان التفاوت
ما بين السنين في زمانه كان ذلك القدر لا انه تقدير شرعي وكيف ذلك وربما يؤدي الى الاضرار بالفقراء والاجحاف
بارباب الاموال لانه اذا اخذ الحقة ورد شاتين فربما يكون قيمتهما قيمة الحقة فيصير تاركا للزكاة عليه معنى وهو
اضرار بالفقراء واذا اخذ بنت مخاض وشاتين فقد يكون قيمتهما قيمة بنت اللبون فيكون اخذ الزكاة منهما واثنتين
التي هي تكون زيادة وفيه اجحاف بارباب الاموال ويجوز دفع القيم في الزكاة اداء القيمة مكان المنصوص عليه في
الزكوات والصدقات والعشور والكفارات جائز لا ان القيمة بدل عن الواجب لان المصير الى البدل انما يجوز
عند عدم الاصل واداء القيمة مع وجود المنصوص عليه في ملكه جائز فكان الواجب عندنا احدهما اما العين او القيمة
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز اتباعا للمنصوص وهو قوله صلى الله عليه وسلم في اربعين شاة شاة كما في الهدايا
والضحايا وقوله ايصالا للرزق الموعود مفعول له وخبر ان محذوف ثابت او نحوه وروي ايصال هو خبر ان
فعلى النسخة الاولى تقرير كلامه الامر باداء الزكاة الى الفقير بقوله تعالى اتوا الزكاة لايصال الرزق الموعود بقوله
تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها اليه ثابت في الواقع والامر بذلك يبطل تعيين الشاة فالثابت في الواقع
يبطل تعيين الشاة اما ثبوت ذلك في الواقع فلان الله تعالى وعد ارزاقهم ثم امرهم بايتاء ما اوجب عليهم اليهم انجازا
للوعد كما دلت عليه الايتان واما ان الامر بذلك يبطل تعيين الشاة فلان المامور به قربة البتة ووجه القربة في الزكاة
سد خلة المحتاج وهي مع كثرتها واختلافها لا تستبد بتعيين الشاة وكان اذنا بالاستدلال على ما عرف في الاصول وفي ذلك
ابطال قيد الشاة ويحصل به الرزق الموعود وغيره وعلى الثانية الامر بالاداء الى الفقير ايصال للرزق الموعود اليه
وايصال ذلك اليه ابطال لقيد الشاة لان الرزق لم ينحصر في اكل اللحم وكان اذنا بالاستدلال الى اخره وكان
هذا كالجزية في انها وجبت لكفاية المقاتلة ويجوز فيها دفع القيمة بلا خلاف بخلاف الهدايا والضحايا فان القربة
فيها اراقة الدم حتى لو هلك بعد الذبح قبل التصدق به لم يلزمه شيء وهي ليست بمتقومة ولا معقول المعنى وقوله
وليس في العوامل والعلوفة صدقة العلوفة بالفتح ما يعلفونه من الغنم وغيرها الواحدة والجمع سواء من علف
الدابة اطعمها العلف والعلوفة بالضم جمع علف قوله لنا ظاهر النصوص يعني قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة
قوله صلى الله عليه وسلم خذ من الابل الابل وفي اربعين شاة شاة وغير ذلك مما فيه كثرة ولنا حديث علي رضي الله
عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس في الابل الحوامل صدقة وحديث ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه السلام
في البقر الحوامل صدقة وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم ليس في البقر المثيرة صدقة ومذهب علي وجابر — دليل م
وابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم ولان السبب هو المال النامي ودليله الاموال ليست بنامية لان النماء الا بالاسامة
او الاعداد للتجارة والفرض عدمها واذا انتفى السبب انتفى الحكم وقوله ولان في العلوفة اي لان السبب هو المال
النامي ولا نماء في هذه الاموال لان المؤنة تتراكم فيها فينعدم النماء معنى وفيه بحث من وجهين احدهما ان الحكم اطلق الطلاق
الكتاب بحمل الواحد وهو لا يجوز عندكم لكونه نسخا وحمل المطلق في الاخبار على المقيد وهو ايضا لا يجوز عندكم
والثاني ان دليل النماء الاسامة او الاعداد للتجارة كما ذكرتم وتراكم المؤنة لا يبطل النماء بالاعداد للتجارة فان من
اشترى خمسا من الابل بنية التجارة وعلفها جميع السنة وجبت عليه الزكاة في اخر السنة فما باله ابطل النماء بالاسامة والجواب
عن الاول ان الاطلاق ليس على ظاهره بالاجماع الا ترى انه مطلق عن حولان الحول ولا يجب الا به وكانت الاية لبيان
وجوب الاخذ وهي فيما عداه محل لحوق الاخبار بيانا لذلك ولم يحمل المطلق على المقيد فان الدليل لم ينسخ مرتين فان
الاصل هو الاطلاق لكونه عدما فلو قدمنا المقيد نسخ الاطلاق ثم المطلق ينسخه فتكثر النسخ دفعا لذلك وعن الثاني بان
الاسامة والعلف متنافيان فاذا وجد العلف انتفى الاسامة لا كذلك التجارة ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي
في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كانت علوفة اما في الاكثر فلان القليل تابع للكثير لان اصحاب السوائم لا
يجدون بدا من ان يعلفوا سوائمهم في وقت البرد والثلج كما في البلاد الباردة واما في النصف فلانه وقع الشك في ثبوت سبب
الايجاب فلا يجب ولا يرجح جهة الوجوب بجهة العبادة لان الترجيح انما يكون بعد ثبوت السبب قال في النهاية ثم هذا الذي
ذكره من الاسامة في حق ايجاب زكاة السوائم انما يصار اذا كانت الاسامة للدر والنسل او للتسمين واما الاسامة للتجارة
فلا يجب فيها زكاة السائمة وكذلك في الاسامة للحمل والركوب قوله ولا ياخذ المصدق خيارا لمال ظاهر قوله من خيار الاموال

الناس الخراج باسم المعطية والفتيات جمع جديرة بالنوبك وهو خيار المال والحاشية صغار الابل لا كبار فيها وذكر في المغرب
فخذ من حواشي اموالهم اي من عرضهم يعني من جانب من جوانبها من غير اختيار وهي في الاصل جمع حاشية الثوب وغيره بجانبه
وتفسير المصنف بقوله اي اوساطها غير ذلك وهو الحق ولقوله ولانه فيه نظرا من الجانبين قال ومن كان له نصاب فاستفاد
على ضربين من جنس الاصل وهو خلاف جنسه والثاني لا يضم بالاتفاق كما اذا كان له ابل فاستفاد في اثنا الحول بقرا او غنما
والاول يستانف له حول بداية والاول لا يخلوا من ان يكون حاصلا بسبب الاصل كالاولاد والارباح او بسبب مقصود
وان كان الاول يضم بالاجماع وان كان الثاني مثل ان يكون عند رجل مقدار ما يجب فيه الزكاة من سايمة فاستفاد من
ذلك الجنس في خلال الحول بشري او هبة او ميراث ضمها وزكى كلها عند تمام الحول عندنا وقال الشافعي يستانف له حول
جديد من حين ملكه فاذا تم الحول وجب فيه الزكاة بعضا بكاملة اولم يكن له ارفي اصل الملك لحصوله بسبب غير سبب الاصل
وكل ما كان كذلك كان سببا في اصل الوظيفة كالمستفاد من خلاف الجنس بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة للملك
حتى ملكت بملك الاصل دون سبب مقصود ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندهما يعني المجانسة
يعسر التمييز لان المستفاد مما يكثر وجوده لكثرة اسبابه فيشق اعتبار الحول لكل مستفاد ولان مراعاته فيه انما يكون بعد
ضبط كميته وكيفيته وزمان تجدده وفي ذلك حرج لا سيما اذا كان النصاب دراهم وهو صاحب غلة يستفيد كل يوم
درهما ودرهمين والحول ما شرط الا تيسيرا فلو شرطنا له حولا جديدا عاد على موضوعه بالنقض واذا ثبت ان علة
الضم في الاولاد والارباح المجانسة وهي موجودة في محل النزاع وجب القول بثبوت الحكم فيه فان قيل قد مر ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول وعلى تقدير الضم يجب الزكاة بلا حول اجيب بانا ما
اسقطنا الحول وانما جعلنا حولان الحول على الاصل حولانا على المستفاد تيسيرا فان عورض بان الحكم في الاولاد والارباح
بطريق السراية فلا يثبت الحكم في محل النزاع قلنا ممنوع فان هذا الحكم قد ثبت في الامهات بالاولاد فانه من كانت
له مائة وعشرون شاة فولدت واحدة قبل الحول فتم الحول وجبت عليه شاتان وكان الواجب على الام وغيرها بسبب الولد
فتبين انه لم يكن بطريق السراية قال والزكاة عند ابي حنيفة صورة ظاهرة فان من كان له تسع من الابل حال عليها
الحول فهلك منها اربع فعليه في الباقي شاة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر عليه خمسة اتساع شاة
ولذلك الدليل من الجانبين وقوله وان العفو يعني ان العفو لا يثبت الا بعد وجود النصاب وكان تابعا
وكل مال اشتمل على اصل وتبع ثم هلك منه شي صرف الهلاك الى التبع دون الاصل كالمضاربة اذا كان فيه ربح
فهلك منه شي فانه يصرف الى الربح دون راس المال بالاتفاق وقوله ولهذا اي ولكون الهلاك يصرف الى العفو قال
ابو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير الى اخره وبيان ذلك ما اذا كان لرجل اربعون من الابل فهلك
منها عشرون فعلى الباقي اربع شياه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يجب فيها عشرون جزا من ستة وثلاثين جزا من ابنة
اللبون وقال محمد يجب نصف بنت اللبون ما مر على اصله ان الواجب متعلق بالكل فاذا هلك النصف سقط نصف الواجب
ولابي يوسف ان الاربع عفو وبقي الواجب في ستة وثلاثين فيسقط من الواجب بقدر الباقي ولابي حنيفة ان الهلاك يجعل
يجعل كان لم يكن من قبل انه تابع النصاب الاول هو الاصل الا ترى انه لو عجل الزكاة عن نصب كثيرة وفي ملكه نصاب
واحد جاز فيثبت ان النصاب الاول اصل وما زاد كالتابع فاذا هلك صرف الهلاك الى ما هو التابع فيجب زكاة العشرين
وذلك اربع شياه قوله واذا اخذ الخوارج الخراج قوم من المسلمين خرجوا عن طاعة الامام العدل بحيث يستحلون قتل
العادل وماله بتاويل القران ودانوا بذلك وفي الدار اذنب صغيرة او كبيرة فقد كفر وحل قتله الا ان يتوب وتمسكوا بظاهر
قوله تعالى ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدين فيها فاذا ظهروا ولا على بلدة فيها اهل العدل فاخذوا الخراج وصدقة
السوايم ثم ظهر عليهم الامام لا يثني عليهم اي لا يأخذ منهم ثانيا لان الامام لم يحمهم والجباية كتب عمر رضي الله عنه الى عامله ان كتب الجباية بالحماية
لا تحمهم فلا تجبهم من جنى الخراج جباية اذا جمعه وافتوا بان يعيدوها يعني الصدقة دون الخراج وهو اختيار ابي بكر الاعمش
لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة اذا ظهر عدو دفعوا عن دار الاسلام واما الصدقات فمصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها
اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم يسقط وهو المحكي عن الفقيه ابي جعفر وكذا الدفع الى كل جائر قال في الجامع الصغير
فقضى قاضي خان وكذلك السلطان اذا صادر رجلا فاخذ منه اموالا فنوى صاحب المال الزكاة عند الدفع سقطت عنه الزكاة
لانهم بما عليهم من التبعات فقراء فانهم اذا ردوا ما لهم الى من اخذوه منهم لم يبق معهم شي والتبعات الحقوق التي عليهم كالديون
والغصوب والصحيح ما ابتع به قوله والاول احوط اي الافتاء باعادة صدقة السوايم والعشور احوط لان في ذلك
خروجا عن عهدة الزكاة بيقين قيل كان في قوله وصدقة السوايم اشارة الى ما نقل التمرتاشي عن الشهيد انه عد في صدقات
الاموال الظاهرة اعاد اصادره السلطان ونوى هو اداء الزكاة فعلى قول طايفة يجوز والصحيح انه لا يجوز لانه ليس
للسلطان ولاية اخذ زكاة الاموال الباطنة والظاهر كلام المصنف العموم في الاموال الباطنة والظاهرة قوله وليس
على الصبي من بني تغلب في سايمته شي بنو تغلب قوم من النصارى من العرب كانوا بباب الروم فلما اراد عمر رضي الله عنه ان يوظف

عليهم

عليهم الجزية ابوا وقالوا نحن من العرب نانف من اداء الجزية فان وظفت علينا الجزية لحقنا باعدائك من الروم وان رايت
ان تاخذ منا ما ياخذ بعضكم من بعض وتضعفه علينا فعلت ذلك فشاور عمر الصحابة رضي الله عنهم في ذلك وكان الذي
سعى بينه وبينهم كردوس التغلبي قال يا امير المومنين صالحهم فانك ان تناجزهم لم تطقهم فصالحهم عمر رضي الله عنه على ذلك
وقال هذه جزية سموها ما شيتم فوقع الصلح على ان ياخذ منهم ضعف ما يوخذ من المسلمين ولم يتعرض لهذا الصلح بعده عثمان
رضي الله عنه اول الاية واخرهم واذا عرفت هذا فاعلم في الكتاب ظاهر وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه
لا يوخذ من نسائهم لانه بدل الجزية ولا جزية على النساء ووجه الظاهر ما اشار اليه في الكتاب انه بدل الصلح والصلح وقع
لهم سوى الا انهم صالحوا على ان يضعف عليهم ما يوخذ من الناس والصدقة توخذ من المسلمات دون الصبيان فكذا في حقهم
قوله وان هلك المال بعد وجوب الزكاة ان ملك المال بعد وجوب الزكاة سقطت عندنا وقال الشافعي رحمه الله ان
هلك بعد التمكن من الاداء لم يسقط والتمكن منه في الاموال الباطنة بالظفر باهل الاستحقاق وفي الظاهرة بالظفر بالساعي
في احد القولين لان الواجب تقرر في الذمة بحصول الوسع على الاداء ومن تقرر عليه الواجب لا يبرا عنه بالعجز عن الاداء كما في
صدقة الفطر والحج وديون العباد وهذا بنا على ان الزكاة عنده تجب في الذمة وعندنا في العين قوله ولانه منعه
بعد الطلب دليل اخر وهذا لان الزكاة حق الله وقد طلب بالخطاب واذ امكن من الادا ولم يود كان الهلاك منعا
بعد الطلب والمنع بعد طلب صاحب الحق يوجب الضمان فكان كالاستهلاك ولنا ان الواجب ليس في الذمة بل هو
جزء من النصاب عملا بكلمة في في قوله في اربعين شاة شاة وتحقيقا للتيسير فان الزكاة وجبت مقدرة ميسرة على
ما عرف في الاصول ومن التيسير ان يكون الواجب جزء النصاب لان الانسان انما يخاطب باداء ما يقدر عليه وهو قادر على
ادا الزكاة عن هذا النصاب لجواز ان لا يكون له مال سواه لا سيما السكان في الصحاري فانهم لا يقدرون على تحصيل شي
من النقود لبعدهم عن العمران واذا كان في ذمة كان النصاب محله فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية فانه يسقط
بهلاكه واذا ظهر هذا سقط الاستدلال بصدقة الفطر وغيرها لانها تجب في الذمة وعورض بان دفع القيمة يجوز عندكم
ولو كان الواجب جزءا من النصاب لما جاز لان القيمة ليست بجزء من النصاب واجيب بان ذلك بامر اخر وهو الاذن بالاستبدال
كما تقدم قوله والمستحق فقير جواب عن قوله منع بعد الطلب وفيه اشارة الى انه لو طلب فقير بالادا ولم يود حتى هلك
المال لم يجب الضمان ايضا فضلا عما اذا لم يطلبه لان المستحق للطلب فقير بعينه المالك لا كل فقير لان للمالك الراي في الصرف
الى من شا من الفقرا ولم يتحقق منه الطلب فلا يكون له منع بعد الطلب وفي عبارته تسامح لان الفقير مصرف عندنا لا مستحق
كما عرف في الاصول الا اذا حمل كلامه على ان المراد به المستحق للطلب وفيه ضعف فان قيل الساعي متعين للطلب فاذا لم يود
بعد طلبه حتى هلك وجب ان يضمن ولم يقولوا به اجاب بقوله وبعد طلب الساعي قيل يضمن وهو قول العراقيين من اصحابنا
لكونه متعينا للطلب فالمنع يكون تفويتا كما في الاستهلاك وقيل لا يضمن وهو قول مشايخ ما وراء النهر قيل وهو الصحيح لعدم
التفويت فان المنع ليس بتفويت لجواز ان يكون منعه لاختيار الادا من محل اخر بخلاف الاستهلاك فانه قد وجد منه التعدي
على محل مشغول بحق الغير بالاتلاف فجعل المحل قايما زجرا له ونظرا لصاحب الحق اذ لو لم يجعل كذلك لما وصل الى الفقير
شي لان كل من وجب عليه الزكاة لم يعجز ان يصرف النصاب الى حاجته بلا ضمان وقوله وفي هلاك البعض يسقط بقدره اي
بقدر الهلاك اعتبارا للبعض بالكل فان قيل قد ثبت ان الزكاة واجبة بقدرة ميسرة باشتراط النصاب وما وجب
بصفة لا يبقى بدونها وقد زال اليسر بفوات بعض النصاب وكان الواجب ان لا يبقى عليه شي كما في ابتدا الوجوب فانه
لا يثبت ببعض النصاب اجيب بان التيسر فيها لم يكن من حيث اشتراط النصاب بل من حيث اشتراط صفة النما لكون
المودي جزا من المال الباقي ليبا يتبعض به اصل المال وانما اشترط اصل النصاب في الابتدا ليصير المكلف به اهلا للاغنا
فانه لا يتحقق الا من الغني والشرع قدر الغني بالنصاب كما عرف في الاصول وانما يسقط عند هلاك الكل لفوات النما
الذي تعلق به اليسر اذا هلك البعض بقي اليسر ببقا النما في ذلك القدر فيبقى بقسطه قوله وان قدم الزكاة على
الحول اي اداها قبل حولان الحول جاز عندنا خلافا لمالك وذكر في الاسرار زفر بدل مالك له ان الحولان شرط كالنصاب
وتقديم المشروط على الشرط لا يجوز كما لو قدم على النصاب ولنا انه ادى بعد سبب الوجوب وهو جايز كما اذا صلى
في اول الوقت وصام المسافر في رمضان وادى الدين المؤجل وحولان الحول شرط وجوب الادا وكلامنا في جوازه
وصار كما اذا كفر بعد الجرح ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لان ملك النصاب سبب وجوب الزكاة في كل حول ما لم ينتقص
ويجوز التعجيل باعتبار تمام السبب وفي ذلك الحول الاول والثاني سواء ويجوز لنصب واذا كان في ملكه نصاب واحد
خلافا لزفر فاذا كان له خمس من الابل فعجل اربع شياه ثم تم الحول وفي ملكه عشرون من الابل جاز عن الكل عندنا وعنده
لا يجوز الا عن الخمس لان كل نصاب في حق الزكاة اصل بنفسه وكان التعجيل على النصاب الثاني كالتعجيل على الاول وفي
ذلك تقديم الحكم على السبب وهو لا يجوز ولنا ان النصاب هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له الا ترى ان من كان
له نصاب في اول الحول ثم حصل له نصب في اثناء الحول ثم تم الحول على النصاب الاول ولم يتم على الباقية جعل كانه تم الحول

علي النصب كلها وجاز اداء الزكاة علي المجموع بالاتفاق فكذلك يجعل النصب الاخر كالموجود في اول الحول في حق التعجيل
والله تعالي اعلم باب زكاة المال لما قدم ذكر السوايم لما قلنا اعقبه ذكر غيرها من اموال الزكاة قال محمد المال كل ما
يتملكه الناس من دراهم او دنانير او حنطة او شعير او حيوان او ثياب او غير ذلك والمص ذكر المال واراد غير السوايم
علي خلاف عرف البادية فان اسم المال عندهم يقع علي النعم وعلي عرف اهل الحضر فانه عندهم يقع علي غير النعم فصل
في الفضة قدم فصل الفضة علي غيرها لكونها اكثر تداولا في الايدي والاوقية بالتشديد افعولة من الوقاية لانها تقي صاحبها
من الضر وقيل هي فعلية من الاوق وهي الثقل والجمع الاواقي بالتشديد افاعيل كالاضاحي وبالتخفيف افاعيل وكلامه
ظاهر وقوله فيكون فيها درهم يعني مع الخمسة وهكذا اي كل اربعين درهم درهم مع ما سبق عند ابي حنيفة وهو قول عمر بن
الخطاب رضي الله عنه وقالا ما زاد علي المايتين فزكاته بحسابه قلت الزيادة او كثرت حتي اذا كانت الزيادة درهما ففيه
جزء من اربعين جزءا من درهم وهو قول علي وابن عمر رضي الله عنهما وبه اخذ الشافعي رحمه الله لقول علي رضي الله عنه ان
النبي صلي الله عليه وسلم قال فما زاد علي المايتين فزكاته بحسابه ولان وجوبها شكر النعمة المال والكل مال فان قيل فكلامه
شرط النصاب في الابتدا ايجابا بقوله ليتحقق الغنا ليصير المكلف به اهلا للاغنا كما ذكرنا من قبل فلو كان اشتراطه
لذلك لكان لم يشترط في السوايم في الانتها كما شرط في الابتدا ايجابا بقوله تحرزا عن التشقيص وهو غير موجود في
محل النزاع ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلي الله عليه وسلم لمعاذ حين وجهه الي اليمن لا تاخذ من الكسور شيا قيل معناه لا تاخذ
من الشي الذي يكون الماخوذ منه كسورا فسماه كسورا باعتبار ما يجب فيه فان قيل يجوز ان يكون المراد ما قبل المايتين
وما بعدها لانه قال عقيبه قوله في حديث معاذ فاذا بلغ الورق مايتي درهم فخذ منها خمسة دراهم ولا تاخذ مما زاد حتي يبلغ
اربعين درهما فتاخذ منها درهما هكذا ذكر ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي مسندا الي معاذ بن جبل رضي
الله عنه فيجعل قوله فاذا بلغ الورق الي اخر الحديث بيانا وتفسيرا لقوله لا تاخذ من الكسور شيا لئلا يلزم التكرار
وقوله صلي الله عليه وسلم في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة وذلك انما يكون بعد المايتين لان قبله ليس
فيه ولا فيما دونه صدقة وهذا الحكم فلا يعارضه حديث علي رضي الله عنه لاحتماله ان يراد بالزيادة علي المايتين
اربعون واحتماله ما ذكره ولان الحرج مدفوع وهو واضح في ايجاب الكسور ذلك اي الحرج لتعذر الوقوف لانه اذا ملك
مايتي درهم وسبعة دراهم يجب عليه عندهما خمسة دراهم وسبعة اجزاء من اربعين جزءا من درهم فيعسر معرفة سبعة
اجزاء من اربعين جزءا من درهم فحينيذ لا يقدر علي الاداء في السنة الاولي فاذا جاءت السنة الثانية وجب عليه زكاة ما
بقي من المال بعد الزكاة لان دينها مستحق والامر يدور وذلك مايتا درهم ودرهم وثلثه وثلاثون جزءا من اربعين جزءا من
درهم يتعسر الوقوف عليها السنة وقوله والمعتبر في الدرهم روي ان الدراهم في الابتدا كانت علي ثلاثة اصناف صنف
منها كل عشرة منه عشرة مثاقيل كل درهم مثقالا وصنف منه ستة مثاقيل كل درهم ثلاثة اخماس مثقال وصنف منها
كل عشرة منه خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال وكان الناس يتصرفون بها ويتعاملون بها فيما بينهم فلما تولي عمر رضي
الله عنه اراد ان يلتمس الخراج بالاكثر فالتمس العامة التخفيف فجمع حساب زمانه ليتوسطوا ويوفقوا بين الدراهم كلها وبين ما
رامه عمر رضي الله عنه وبين ما رامه الرعية فاستخرجوا له وزن السبعة وهو معني قوله بذلك جري التقدير في ديوان عمر
رضي الله عنه واستقر الامر عليه فتعلق الاحكام به كالزكاة والخراج ونصاب السرقة وتقدير الديات ومهر النكاح
وانما جعلوا ذلك لاحد وجوه ثلاثة احدها انك اذا جمعت من كل صنف عشرة دراهم صار الكل احدا وعشرين مثقالا
فاذا اخذت ثلث ذلك كان سبعة مثاقيل والثاني انك اذا اخذت ثلث عشر من كل صنف وجمعت بين الاثلاث الثلاثة المختلفة
كانت سبعة مثاقيل والثالث انك اذا القيت الفاضل علي السبعة من مجموع الستة والخمسة اعني الاربعة ثم جمعت مجموع الفاضلين
اي فاضل السبعة من العشرة وفاضل المجموع من الستة والخمسة وهو الاربعة كانت سبعة مثاقيل اعتدل الاوزان فيها
ودارت في جميعها بطريق مستقيم اختاروها قوله وهو في حكم الفضة واضح قوله كما في ساير العروض الا انه يعني
انها اذا لم تكن للتجارة نظر الي ما يخلص منها من الفضة فان بلغ مايتي درهم يجب الزكاة لانه لا يعتبر في غير الفضة القيمة
ولا نية التجارة وان كان لا يخلص ذلك فمن كالمقروبه من الصفر كالقمقم لا شي فيه الا اذا كانت للتجارة وقد بلغت قيمتها
مايتي درهم فيجب خمسة دراهم فصل في الذهب قدم وجه تاخيره عن فصل الفضة وقوله تاروتيا اشارة
الي قوله في اول فصل الفضة لنا في حديث معاذ انه اخذ الي ان قال ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال والمثقال
ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وضمير منها راجع الي ما لانه في معني الجمع قيل تعريف المثقال بقوله ما يكون كل سبعة
منها وزن عشرة دراهم غير صحيح لانه عرف الدراهم في فصل الفضة بقوله وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل
فيتوقف معرفة كل منهما علي الاخر وهو دور والجواب انه ما عرف الدرهم بالمثقال في فصل الفضة وانما قال المعتبر من اصنافها
ما يكون وزن سبعة مثاقيل وكان ذلك معروفا بينهم ثم قال ههنا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم
وهو المعروف اي المراد بالمثقال ههنا هو المعروف فيما بين الناس الذي عرف به وزن الدرهم ولا دور في ذلك قوله
ثم

ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان يعني اذا زاد علي العشرين وبلغ الزيادة الي اربعة مثاقيل ففيها قيراطان مع نصف مثقال لان
الواجب ربع العشر وربع العشر مثل ما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا فيكون اربعة مثاقيل ثمانين قيراطا وربع عشرها قيراطا
وهذا اصطلاح اهل الحجاز والقيراط خمس شعيرات فالمثقال وهو الدينار عندهم مائة شعيرة واصل القيراط قراط بالتشديد
لان جمعه القراريط فابدل من احد حرفي التضعيف يا قوله وهي مسالة الكسور يعني بينها في فصل الفضة وقد مثلا الاختلاف
والحجج من الجانبين فيه ولا مخالفة بينهما فلان اربع مثاقيل ههنا قامت مقام اربعين درهما هناك قوله وفي تبر الذهب
والفضة التبر ما كان غير مضروب منهما والحلي علي فعول جمع حلي كثدي في جمع ثدي وما يحلي به المراة منهما وقوله وقال الشافعي
رحمه الله لا يجب في حلي النسا وخاتم الفضة للرجال يعني الحلي الذي يباح استعماله لانه مبتذل في مباح وكل ما كان كذلك لا زكاة
فيه كثياب البذلة والمهنة ولنا ان السبب مال نام ودليل النما موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة بخلاف الثياب فانه ليس فيها
دليل النما والابتذال فيها اصل لان فيه صرفا الي الحاجة الاصلية المتعلقة بها وهي دفع الحر والبرد فصل في العروض
اخر فصل العروض لانها تقوم بالنقدين فكان حكمها بنا عليهما وعروض جمع عرض بفتحتين حطام الدنيا اي متاعها الا النقدين
وقوله كاينة ما كانت اي من اي جنس كانت سوا كانت من جنس ما يجب فيه الزكاة كالسوايم او لم تكن كالثياب والحمير والبغال وقوله
ويشترط نية التجارة اي حالة الشراء اما اذا كانت النية بعد الملك فلا بد من اقتران عمل التجارة بنيته لان مجرد النية لا تعمل كما مر وقوله
يقومها بما هو انفع للمساكين احد الاقوال في التقويم فان فيه اربعة اقوال احدها هذا وهو ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله في الامالي
ووجه ما ذكره بقوله احتياطا لحق الفقرا فانه لا بد من مراعاته الا تري انه ان كان يقومه باحد النقدين يتم النصاب وبالاخر لا يتم
يقومه بما يتم بالاتفاق احتياطا لحق الفقرا فكذلك هذا كذا في النهايه وهو مخالف لتفسير المصنف للانفع في الكتاب والثاني ما
ذكر في المبسوط وهو ان يقوم صاحب المال باي النقدين شا ووجهه ان التقويم لمعرفة مقدار المالية والنقدان في ذلك سوا
والثالث قول ابي يوسف علي ما ذكره في الكتاب وقوله لانه ابلغ في معرفة المالية لانه ظهر قيمته مرة بهذا النقد الذي وقع به
والظاهر انه اشتراها بقيمتها لان الغبن نادر والرابع قول محمد وهو ان يقومها بالنقد الغالب علي كل حال يعني سوا اشتراها باحد
النقدين او بغيره لان التقويم في حق الله تعالي معتبر بالتقويم في حق العباد ومتي وقعت الحاجة الي تقويم المغصوب والمستهلك
بالنقد الغالب في البلد فكذا هذا قوله واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة قيد
بالنقصان احترازا عن الهلاك فان هلاك كل النصاب يقطع الحول بالاتفاق وذكر النصاب مطلقا ليتناول كل ما يجب فيه الزكاة
كالنقدين والعروض والسوايم وقال زفر لا يلزم الزكاة الا ان يكون النصاب من اول الحول الي اخره كاملا لان حولان الحول علي المال
شرط للوجوب وكل جزء من الحول بمعني اوله واخره ولنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح وفيه اشارة الي الجواب عن قول زفر لانه اشتراط
النصاب في الابتدا للانعقاد وفي الانتها للوجوب وما بينهما بمعزل عنهما جميعا فلا يكون كل جزء من الحول بمعني اوله واخره والمراد با
لنقصان نقصان الوصف فان الذات اذا فات النقصان في الوصف يجعل المال به عدما فسقطها بالاتفاق لان فوات الوصف وارد علي كل النصاب
وكان كهلاك النصاب كله لفوات الحلية بفوات الوصف وقوله ويضم قيمة العروض قال في النهايه حاصل ما يدل المصنف ان
العروض التجارة يضم بعضها الي بعض بالتجارة بالقيمة وان اختلفت اجناسها وكذلك يضم الي النقدين بلا خلاف
والسوايم المختلفة الجنس كالابل والبقر والغنم لا يضم بعضها الي بعض بالاجماع وقوله لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة
يعني ان سبب وجوب الزكاة ملك النصاب النامي والنما اما بالاسامة او بالتجارة وليس كلاما في الاول فتعين الثاني
وقوله وان افترقت جهة الاعداد يعني ان الافتراق في الجهة يكون الاعداد من جهة العباد لاعدادها للتجارة وفي النقدين
من جهة الله لخلقه الذهب والفضة للتجارة لا يكون مانعا عن الضم بعد حصول ما هو الاصل وهو النما ويضم الذهب الي الفضة
عندنا للمجانسة من حيث الثمنية فاذا كان ما هو ابعد في المجانسة علة للضم وهو العروض فلان يكون في الاقرب اولي وقوله
ومن هذا الوجه صار سببا اي من حيث الثمنية صار كل واحد من الذهب والفضة سببا لوجوب الزكاة وكان هذا الوجه
مشتركا بينهما فيوجب الضم ثم اختلف علماونا في ذلك فعند ابي حنيفة يضم بالقيمة وعندهما بالاجزا وهو رواية عنه
وفايدته تظهر فيمن كان له ماية درهم وخمسة مثاقيل ذهب ويبلغ قيمته ماية درهم فعليه الزكاة عنده خلافا لهما واما اذا
كان عشرة مثاقيل ذهب وماية درهم او من احدهما ثلثا ومن الاخر ثلثان او ربع وثلاثة ارباع فانه يضم بلا خلاف عندهم
ودليلهما علي ما ذكر في الكتاب واضح وهو يقول ان اوجب الضم بالمجانسة وهي انما يتحقق بالقيمة دون الصورة واعتبار الاجزا
اعتبار الصورة ومسالة المصوغ ليست فيما نحن فيه اذ ليس فيها ضم شي الي شي الي شي حتي يعتبر القيمة فان القيمة في النقود انما تظهر
شرعا عند مقابلة احدهما بالاخر وههنا ليس كذلك باب فيمن يمر علي العاشر الحق هذا الكتاب بكتاب
الزكاة اتباعا للمبسوط وشروح الجامع الصغير لمناسبة وهي ان العشر الماخوذ من المسلم المار علي العاشر هو الزكاة بعينها الا ان
هذا العاشر كما ياخذ من المسلم ياخذ من الذمي والمستامن وليس الماخوذ منهما بزكاة فقدم الزكاة علي هذا الباب وعلي هذا ما بعده
لكونها عبادة محضة لا شبهة فيها للغير والعاشر مشتق من عشرة القوم اذا اخذت عشر اموالهم فهو تسمية الشي باعتبار بعض احواله
وهو لاخذه العشر من الحربي لا من المسلم والذمي علي ما سيجي قوله اذا مر علي العاشر بمال اي من الاموال الباطنة وانما قيد بذلك

لان الاموال الظاهرة وهي السوايم لا يحتاج العاشر فيها الى مرور صاحب المال عليه في ثبوت ولاية الاخذ له فانه ياخذ عشر
الاموال الظاهرة منه وان لم يمر صاحب المال عليه واما في الاموال الباطنة فان علية الاداء لصاحب المال فان عليه لكونها غير
محتاجة الى الحماية بسطوتها فاذا اخرجها الى المفاوز احتاجت اليها فصارت كالسوايم فاذا مر التاجر على العاشر بمال فادعى نا
وقال اصبته منذ اشهر يعني لم يحل عليه الحول وكان في بيته مال اخر من جنس هذا المال قد حال عليه الحول فانه لو كان لم يصدق لان
الحول ليس بشرط في المعادن فالتحق بها او قال علي دين يعني دينا مستغرقا له مطالب من جهة العباد وحلف على ذلك صدق وعرف
العاشر بقوله من نصبه الامام على الطريق لياخذ الصدقات من التجار ونوقض بانه ياخذ من الكافر وليس الماخوذ منه
صدقة واجيب بان الاصل في نصبه اخذ الصدقات لان فيه اعانة المسلم على اقامة العبادة وما عداها تابع لا يحتاج الى تخصيصه
بالذكر وقوله فمن انكر تمام الحول يعني بقوله اصبت منذ اشهر او الدين بقوله او علي دين كان منكرا فالقول قوله مع يمينه وفيه العذائه نوه هو جواب
بحث من وجهين احدهما ان قوله منذ اشهر لا يدل على ما دون الحول فكيف عبر عنه بقوله فمن انكر تمام الحول والثاني ان الزكاة
عبادة خالصة وكانت بمنزلة الصوم والصلاة ولا يشترط للتصديق فيهما التحليف واجيب عن الاول بان الاشهر يقع على
العشرة فما دونها لكونه جمع قلة والاصل في الكلام الحقيقة وعن الثاني بانها وان كانت عبادة لكن تعلق بها حق العاشر
في الاخذ وحق الفقير في الانتفاع به فالعاشر بعد ذلك يدعي عليه معنى لو اقر به لزمه فيستحلف لرجاء النكول كما في ساير
الدعاوي بخلاف الصوم والصلاة فانه لم يتعلق بهما حق العبد ويلزم حد القذف فانه استحلف فيه اذا انكر وان تعلق به
حق العبد لان القضاء بالنكول في الحدود متعذر على ما عرف وقوله وكذا اذا قال اديت الى عاشر اخر ظاهر وقوله ثم قيل
الزكاة هو الاول بناء على ما لاصحابنا من الطريقين في هذه المسلة احدهما انه اذا كان صادقا فيما قال ابرا فيما بينه وبين الله
تعالى والثاني انه لا يبرا فمن اختار الطريق الاول قال الزكاة هو الاول [illegible] صاحب المال زكاته ووقع
زكاة والثاني سياسة ماليه زجرا لغيره عن الاقدام على ما ليس اليه ومن اختار الثاني قال الزكاة هو الثاني والاول ينقلب نفلا
كمن صلى يوم الجمعة الظهر في منزله ثم سعى الى الجمعة فاداها وهو الذي اختاره المص وقال هو الصحيح احترازا عن القول الاول ووجه
الصحة انه لما ثبتت ولاية الاخذ للسلطان شرعا في الاموال الظاهرة كان اداء رب المال لغوا الا فرضا كما لو ادى الجزية الى المقاتلة
بنفسه وقوله لم يشترط اخراج البراءة اي العلامة وهي اسم لخط الابراء برا الدين والعيب براءة والجمع براآت والبروات عامي
كذا في المغرب وقوله فيجب ابرازها اي اظهار العلامة لمن ادعى على اخر حجة او قطعا مابه يجب عليه ابرازه ابراز علامتها وجه
الاول وهو رواية الجامع ان الخط يشبه الخط فلا يمكن جعله حكما فلا يجعل علامة قال في المبسوط والجامع الصغير للامام التمرتاشي
وهو الصحيح ثم على قول من يقول باشتراط العلامة هل يشترط معها اليمين قال الامام التمرتاشي ان لم يحلف لم يصدق عند ابي حنيفة
رحمه الله وصدق عندهما قيل في كلام المص نظر وهو انه قال ثم فيما يصدق السوايم واموال التجارة ولا شك ان في السوايم يصدق
في ثلثة فصول وفي اموال التجارة في اربعة كما تقدم فينبغي ان يشترط اخراج البراءة في الجميع ولا يتصور ذلك فيما اذا قال على
دين او اصبته منذ شهر او اديتها الى الفقراء في المصر وانما يتصور ذلك في صورة واحدة وهو ان يقول اديتها الى عاشر اخر
وفي تلك السنة عاشر اخر واجيب بانه ذكر العام واراد الخاص اي الصورة المذكورة مجازا وقوله فيراعى تلك الشرايط تحقيقا
للتضعيف يعني ان تضعيف الشيء انما يتحقق اذا كان المضعف على اوصاف المضعف عليه والا لكان تبديلا لا تضعيفا
وقوله ولا يصدق الحربي يعني في الفصول كلها الا في الجواري يقول هن امهات اولادي او غلمان معه يقول هم اولادي لان
الاخذ منهم بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج اليها وانما لم يصدق في شيء من الفصول لعدم الفايدة في تصديقه لانه لو
قال لم يتم الحول على مالي ففي الاخذ منه لا يعتبر الحول لان اعتبار الحول لتمام الحاجة لتحصيل النماء والحماية تحتاج بتمام تحقق الامان
اذ لم يجز الامان سببا مع اموالهم دون لو قال علي دين فالدين الذي وجب عليه في دار الحرب لا يطالب به في دارنا وان قال اني
معتقا عنه فلا حاجة لصاحبها ولا للمال وان قال ليس للتجارة يكذبه الظاهر لانه لا يتكلف للنقل الى غير داره ما لم يكن لها وان قال
اديتها الى عاشر اخر لم يلتفت اليه لان الماخوذ منه اجرة الحماية وقد وجدت بنفس الامان كامر انفا ولو قال اديتها انا كذبه لعتق
غير انه اقرار بنسب ما في يده صحيح لانه تكون حرسا لا ينافي الاستيلاد والنسب كما يثبت في دار الاسلام يثبت في دار الحرب وبه تخرج
من ان يكون مالا ولا اخذ لا يكون الا من المال المرور به قال ويؤخذ من المسلم ربع العشر وذكر الشيخ ابو الحسن القدوري في شرحه
لمختصر الكرخي ان عمر رضي الله عنه نصب العشار وقال لهم خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر وكان
هذا بمحضر الصحابة من غير خلاف فكان اجماعا والمعنى الفقهي فيه ما قيل انما يؤخذ من المسلم ربع العشر لقوله صلى الله عليه وسلم هاتوا
ربع عشر اموالكم من كل اربعين درهما درهم وانما ثبتت ولاية الاخذ للعاشر لحاجة الى الحماية وحاجة الذمي الى الحماية اكثر لان
طمع اللصوص في اموال اهل الذمة اوفر فيؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم كما في صدقة بني تغلب ثم الحربي من الذمي بمنزلة
الذمي من المسلم الا ترى ان شهادة اهل الحرب على اهل الذمة غير مقبولة كما لا تقبل شهادة الذمي على المسلم وشهادة اهل الذمة على
اهل الحرب مقبولة كشهادة المسلم على الذمي ثم الذمي يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فكذلك الحربي يؤخذ منه ضعف ما
يؤخذ من الذمي تبديلا لا تضعيفا وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا ياخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم
بطريق

بطريق المجازاة اليه اشار عمر رضي الله عنه لما سئل حين نصب العشار فقيل له كم ناخذ مما مر به الحربي فقال كم ياخذون
منا فقالوا العشر فقال خذوا منهم العشر وليس يعني بقولنا بطريق المجازاة انا اخذنا بمقابلة اخذهم اموالنا فان
اخذهم اموالنا ظلم واخذنا اموالهم حق ولكن المقصود انا اذا عاملناهم بمثل ما عاملونا كان ذلك اقرب الى مقصود
الامان وايصال التجارات لا يقال في كلام المصنف تناقض لانه قال قبل هذا الا ان الاخذ منه بطريق الحماية وقال
ههنا لان الاخذ منهم بطريق المجازاة واذا كان الاخذ معلولا لاحدهما لا يكون معلولا لغيره لئلا يتوارد علتان على
معلول واحد بالشخص لانا نقول الاخذ منهم معلول بالحماية واما المقدار المعين وهو العشر معلول للمجازاة ولا تنافي في ذلك
وقوله بخلاف المسلم الى اخره واضح وقوله فان اعياكم فالعشر يقول عيي بامره اذا لم يهتد لوجهه والعي عماي هو وقيل
هو ماخوذ من العي وهو الحيلة فان اعياكم اي اعجزكم يعني اذا اشتبه الحال بان لم يعلم العاشر ما ياخذون من تجارنا
يؤخذ منه العشر وقوله لانه غدر اي لوقوعه بعد الحماية والغدر حرام قال صلى الله عليه وسلم وفاء لا غدر وهذا قول بعض
المشايخ وقال بعضهم يؤخذ منه الكل لان الاخذ بطريق المجازاة فيجازيهم بمثل صنيعهم لينزجروا وقوله وان مر الحربي
على عاشر الى اخره حاصله ان العشر انما يتكرر فيما يمر به بكمال الحول او بتجديد العهد بالرجوع الى دار الحرب ثم بالمرور على
العاشر وان كان في يومه ذلك فاذا لم يوجد شيء منهما لم يعشره ثانيا لما روي ان نصرانيا مر بفرس له على عاشر عمر رضي
الله عنه فعشره ثم مر به ثانيا فهم ان يعشره فقال النصراني كلما مررت بك عشرتني اذا يذهب فرسي كله فترك الفرس
عنده وذهب الى عمر فلما دخل المدينة اتى المسجد فوضع يده على عتبتي الباب فقال يا امير المؤمنين انا الشيخ النصراني
فقال امير المؤمنين انا الشيخ الحنيفي فقص النصراني القصة فقال عمر رضي الله عنه اتاك الغوث فنكس راسه ورجع الى ما
كان عليه فظن النصراني انه استخف بظلامته فرجع كالخايب فلما انتهى الى فرسه وجد كتاب عمر قد سبقه انك ان اخذت العشر مرة
فلا تاخذ مرة اخرى فقال النصراني ان دينا يكون فيه العدل بهذه الصفة حقيق ان يكون حقا فاسلم النصراني فان قيل كلام
المصنف متناقض لانه قال حتى يحول عليه الحول ثم قال لا يمكن من المقام الا حولا والمراد به الاقرب من الحول لانه لا يمكن من
الاقامة حولا كاملا اجيب بان مراده بقوله حتى يحول الحول اذا لم يعلم الامام بحاله حتى يحول الحول فانه ياخذ ثانيا قال
فان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير اذا مر الذمي على العاشر بخمر او خنزير للتجارة ويبلغ القيمة مايتي
درهم ففيه اربعة اقوال كما ذكره في الكتاب والمراد بقوله اي من قيمتها احترازا عن قول مسروق رحمه الله فانه يقول بعشر
عينها ونفيا لظاهر ما يتوهم فان المسلم [illegible] منه انه يعشر عين الخمر والمسلم منهي عن اقترابها ثم الشافعي رحمه الله مر على اصله بانه
لا مالية ولا قيمة لواحد منهما حتى لو اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره لم يضمن عنده وزفر رحمه الله سوى بينهما لاستوايهما في المالية
عندهم فان المسلم اذا اتلف خنزير الذمي ضمنه كما لو اتلف خمره وابو يوسف اعتبر التبعية فجعل الخنزير تابعا للخمر لان الخمر
اقرب الى المالية بواسطة التخليل وقد يكون الشيء ثبت الحكم تبعا وان لم يثبت مقصودا ووجه الفرق على ظاهر الرواية ما ذكره
في الكتاب من الوجهين وهو ظاهر وقد اعترض على كل واحد منهما اما على الاول فلانه منقوض بما ذكر في الشفعة من هذا الكتاب
فقال واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي الى ان قال وان كان شفيعها مسلما اخذ بقيمة الخمر والخنزير
فلو كان لقيمة الخمر حكم الخمر لما اخذ بقيمته كما لا ياخذ بعينه وبمسئلة الغصب والاتلاف فان المسلم اذا اتلف خنزير الذمي يضمن
قيمته فلو كان لها حكم العين لما ضمنها كما لا يضمن عينه واما على الثاني فبان المسلم او الذمي اذا غصب خنزير ذمي او تحاكما
الى القاضي يامره القاضي بالرد والتسليم وذلك حماية له واجيب عن الاول بان قيمة ذوات القيم بمنزلة عينها من وجه دون
وجه لانها ليست بمنزلة عينها من حيث الحقيقة وبمنزلتها من حيث ان الاداء لا يمكن الا بالتعيين ولا تعيين الا بالتقويم فاخذت
القيمة حكم العين من هذا الوجه ولهذا اذا تزوج الذمي امراة على خنزير بعينه ثم اتاها بالقيمة اجبرت على قبولها كما لو اتاها
بعينه فلو دارت القيمة بين ان يكون بمنزلة العين وبين ان لا يكون اعطيت حكم العين في حق الاخذ والجباية وهو في باب الزكاة
ولم يجعل في حق الاعطاء لانه موضع المنة وسعيد وهو في باب الشفعة والاتلاف ونوقض بذمي اخذ قيمة خنزير له استهلكه
ذمي وقضى بها لمسلم عليه فانه جايز ولو كان اخذ القيمة كاخذ العين لما جاز القضاء واجيب بانه لما قضى بها دينا عليه وقعت
المعارضة بينه وبين صاحب الدين وعند ذلك يختلف السبب واختلاف الاسباب ينزل منزلة اختلاف الاعيان
على ما عرف وعن الثاني بان المراد ممن ليس له ولاية حماية خنزير نفسه ليس له ولاية حماية غيره لعرض يستوفيه والعاشر لو حماه
حماه لذلك بخلاف القاضي وقوله ولو مر صبي او امراة ظاهر وقوله ومن مر على العاشر بمائة يعني سواء كان مسلما او ذميا
وقوله لانه غير ماذون باداء الزكاة لانه يعني هو ماذون بالتجارة فقط فلو اخذ اخذ غير الزكاة وليس له اخذ غير الزكاة
ولا نايب عنه اي انما هو نايب في التجارة لا غير والنايب يقتصر ولايته على ما فوض اليه وكان بمنزلة المستبضع وقوله
ولو مر عبد ماذون له بمايتي درهم ظاهر والصحيح ان الرجوع في المضارب رجوع في العبد المأذون كذا قال الامام
فخر الاسلام وصاحب الايضاح وقوله الا اذا كان على العبد دين يحيط بماله فانه لا يؤخذ منه سواء كان معه مولاه
او لم يكن لانعدام الملك يعني عند ابي حنيفة او للشغل اي عندهما فان الشغل بالدين مانع عن وجوب الزكاة وقوله ومن

موعلي عاشر الجوارح ظاهر باب المعدن والركاز اخر باب المعدن عن العاشر لان العشر اكثر وجودا والمال
المستخرج له اسامي الكنز والمعدن والركاز والكنز اسم لما دفنه بنو ادم والمعدن اسم لما خلقه الله تعالى في الارض يوم خلق
الارض والركاز اسم لهما جميعا والكنز ماخوذ من كنز المال كنزا جمعه والمعدن من عدن بالمكان اقام به والركاز من ركز الرمح
اي غرزه وعلي هذا جاز اطلاقه عليهما جميعا لان كلا واحدا منهما مركوز في الارض اي مثبت وان اختلف الراكز وعلي كل واحد منهما
بانفراده والمراد بالمذكور في لقب الباب الكنز لمعنيين احدهما ان هذا الباب يشتمل علي بيان المعادن والكنوز علي ما يجي
والثاني انه لو اريد به المعدن لزم التكرار لانه يكون تقدير كلامه باب في المعادن والمعادن وان اريد المعادن والكنز كان تقديره
باب في المعادن والمعادن والكنز قال معدن ذهب او فضة المستخرج من المعدن انواع ثلثة جامد يذوب وينطبع كالذهب
والفضة والحديد والرصاص والصفر وجامد لا يذوب كالجص والنورة والكحل والزرنيخ ومائع لا يتجمد كالماء والقير والنفط
ومسايل هذا الباب علي خمسة عشر وجها لان الذهب والفضة الذي يوجد اما ان يكون معدنا او كنزا وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون
موجدا في حيز دار الاسلام او حيز دار الحرب وكل ذلك لا يخلو عن ثلاثة اوجه اما ان يوجد في مفازة لا مالك لها او في ارض مملوكة
او دار والموجود لهذا لا يخلو عن ثلاثة اوجه ايضا اما ان يكون علي ضرب اهل الاسلام او علي ضرب اهل الجاهلية او اشتبه الحال
ففي الاول وهو ما يذوب وينطبع اذا وجد في ارض عشر او خراج الخمس عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا شي عليه لانه مباح سبقت
يده اليه وكل ما هو كذلك لا شي عليه كالصيد الا انه اذا كان المستخرج ذهبا او فضة ففيه الزكاة وهو ربع العشر والشرط
فيه الحول في قول لما ذكرنا انه مالكه والحول للتنمية والنصاب عنده معتبر فلو كان دون المايتين من الفضة لا يجب شي قال
في جانب الشافعي رحمه الله لا يشترط فيه الحول ولم يتعرض في جانبنا لان الشافعي قايل بالزكاة وكان عليه ان يقول باشتراط
الحول فتنقاه بما ذكر من الدليل ونحن نقول بالخمس والحول لا يشترط له ولنا قوله صلي الله عليه وسلم وفي الركاز الخمس قاله حين سيل
عليه السلام عما يوجد في الخرب العادية وعطف علي المسول عنه فقال فيه وفي الركاز الخمس عطف علي المدفون وذلك يدل علي ان
المراد بالركاز المعدن فانه من الركز وهو لينطلق علي المعدن ايضا كما تقدم ولانه كان في ايدي الكفرة وحوته
ايدينا وهو واضح وكل ما كان كذلك كان غنيمة وهو ايضا واضح وفي الغنيمة الخمس بالنص وقوله بخلاف الصيد جواب
عن قوله كالصيد فان قيل لو كان غنيمة لكان الخمس لليتامي والمساكين وابن السبيل واربعة الاخماس للغانمين وليس كذلك
اجاب بقوله الا ان للغانمين يدا حكمية وتحقيقه ان الغانمين انما يستحقون اربعة الاخماس اذا احوت ايديهم حقيقة وحكما وههنا
يدهم حكمية لانه ثبتت ايديهم علي ظاهر الارض حقيقة ثبتت علي باطنها واما الحقيقة فللواجد وكان ما في باطنها غنيمة حكمية
لا حقيقة فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقة في اربعة الاخماس حتي كان للواجد مسلما كان او ذميا حرا او عبدا صبيا او بالغا
او رجلا او امراة لان استحقاق هذا المال كاستحقاق الغنيمة وجميع ما ذكرنا حق في الغنيمة اما سهما او رضخا فان الصبي
والمراة والعبد والذمي يرضخ لهم اذا قاتلوا علي ما يجي بخلاف الحربي فانه لا حظ له في الغنيمة وان قاتل باذن الامام فاذا
وجد شيا من الركاز يوخذ منه الكل فان قيل روي ان عبدا وجد جرة من ذهب علي عهد عمر رضي الله عنه فاداه واعتقه وجعل
ما بقي لبيت المال اجيب بانه كان وجد في بيت رجل صاحب حظ مات ولم يترك وارثا فصرفه الي بيت المال وراي المصلحة
في ان يعطي ثمنه من بيت المال ليوصله الي العتق قال في التحفة ويجوز للواجد ان يصرف الخمس الي نفسه اذا كان محتاجا لا تغنيه
اربعة الاخماس وهو جوز وذكر صاحب النهاية ما يشير الي خلاف ذلك قال ولو وجد في داره اذ او وجد الانسان في داره معدنا
فليس فيه شي عند ابي حنيفة وقالا فيه الخمس لما اطلاق قوله عليه السلام في الركاز الخمس من غير فصل بين الارض والدار ودليل
ابي حنيفة رحمه الله ظاهر واعترض بانه لو كان من اجزايها جاز التيمم ولم يجز بالاجماع واجيب بان التيمم يجوز بما هو من جنس
الارض من اجزايها خلقة وهذا ليس من جنسها والجواب عن الحديث ان الامام لما خصه بهذه الدار وكان محل الامام هذه الولاية
وان وجده في ارضه فعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية الاصل لا شي فيه كما في الدار وفي رواية الجامع الصغير فيه الخمس
والفرق ما ذكره في الكتاب قوله وان وجد ركازا اي كنزا فسره بهذا لان الركاز اسم مشترك يطلق علي المعدن والكنز
وقد فرغ من بيان المعدن فاراد به الكنز وليصح قوله وجب الخمس عندهم فان وجوب الخمس بالاتفاق انما هو في الكنز لا
في المعدن لان ابا حنيفة رحمه الله يقول بوجوبه في الدار كما ذكرنا وقوله لما روينا اشارة الي قوله في الركاز الخمس فان قيل فقد استدل به
علي وجوب الخمس في المعدن فاستدلاله به ههنا استعمال اللفظ المشترك في معنييه وهو غير جايز اجاب بقوله واسم الركاز ينطلق علي الكنز
بمعني الركز فيه وهو الاثبات ومعناه انه ليس من باب استعمال اللفظ المشترك في مدلوليه وانما هو من باب العموم المعنوي لان الاشتراك
اذا ذكر وبهذا اسقط ما قيل كان الاحق ان يقول لما روينا وهو قوله عليه السلام وفي الركاز الخمس والمراد بقوله فيه الخمس الكنز
وكان ذكر الكنز مقصودا هنا وكان التمسك به اولي تمسكه به في المبسوط اذ دلالة الركاز علي ما ادعي المصنف من الكنز بسبب
دلالة الركاز علي الاثبات لا غير وهو اسم مشترك فقد دل علي الكنز وقد دل علي المعدن فكان محتملا كالنص واما ارادة النص

الكنز ليطلق

سياق الكلام وهو فيما تمسك به في المبسوط فقد ليل غير محتمل وكان معنى ان تمسكه به اولي وذلك لانه استدلال بالعام علي
ما فرد لا بالمشترك والعام والخاص عندنا في ايجاب الحكم سواء ثم ان كان علي ضرب اهل الاسلام فالمكتوب عليه كلمة التوحيد
فهو بمنزلة اللقطة يعرف حيث يجد مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك تختلف بقلة المال وكثرته علي ما يجي وان كان علي
ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش الصنم ففيه الخمس علي كل حال اي سوا كان الموجود ذهبا او فضة او رصاصا او غيرها وسوا كان
الواجد صغيرا او بالغا او عبدا مسلما او ذميا الا اذا كان حربيا مستامنا كما ذكرنا وقوله لما بينا يعني من النص والمعقول ثم ان حلام
وجده في ارض مباحة يعني الذي هو ضرب الجاهلية فان الذي يكون بضرب اهل الاسلام ملحق باللقطة فلا يتاتي فيه هذا النوع
وهو ان يكون اربعة اخماسه للواجد وقوله لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين اشارة الي ما ذكرنا ان للغانمين يدا حكمية
وللواجد يدا حقيقية فيكون فيه الخمس والباقي للواجد وان وجده اي هذا الكنز المذكور في ارض مملوكة فكذا الحكم عند
ابي يوسف اي الخمس للفقرا واربعة الاخماس للواجد مالكا كان او غير مالكه لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه لان المختط
له ما حاز ما في المبطن وعند ابي حنيفة ومحمد هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لسبق يده اليه فان
قيل يد المختط له وان كانت سابقة لكنها يد حكمية لكنها لا تملك كما في الغانمين اجاب بقوله وهي يد الخصوص يعني ان اليد الحكمية
انما لا يثبت بها الملك كله اذا كانت يد عموم كما في الغانمين اما اذا كانت يد خصوص كما فيملك بها ما في الباطن وان كانت علي الظ
لكن اصطاد سمكة في بطنها درة ملك الدرة ومما يويد هذا ان تصرف الغازي بعد القسمة نافذ وقبلها لا وما ذاك الا بعموم اليد وخصوصها
فان قيل سلمنا ان اليد المختط له ملك لكن قد باع الارض فخرج الكنز كما لو كان فيها معدن اجاب بانه اي الكنز لم يخرج عن ملكه ببيع
الارض لانه مودع فيها كما اذا باع السمكة لم تخرج منها الدرة عن ملكه بخلاف المعدن لانه من اجزايها فينتقل الي المشتري وان لم يعرف
المختط له يصرف الي اقصي مالك في الاسلام علي ما قالوا وهو اختيار شمس الايمة السرخسي وقال ابو اليسر يوضع في بيت
المال وقوله ولو اشتبه الضرب ظاهر قال ومن دخل دار الحرب بامان ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في دار بعضهم
ركازا سوا كان معدنا او كنزا رده عليهم تحرزا عن الغدر لقوله صلي الله عليه وسلم في العهود وفا لا غدر لان ما في الدار في يد صاحبها
خصوصا وان وجده في الصحاري التي في حيز دار الحرب وليست بمملوكة لاحد فهي له لانه ليس في يد احد علي الخصوص فلا يعد غدرا عذرهم
ولا شي عليه لانه لا خمس فيه لان الخمس انما يجب فيما يكون في معني الغنيمة وهي ما كان في يد اهل الحرب ووقع في ايدي المسلمين
بايجاف الخيل والركاب وهذا ليس كذلك لانه بمنزلة المتلصص في دار الحرب اذا اخذ شيا من اموالهم واحرزه بدار الاسلام
فان قيل المستامن منا في دارهم اذا وجد في ارض ليست بمملوكة ركازا فهو له والمستامن منهم في دارنا لو وجد شيا من ذلك في الصحرا
لا حق له فيه ويوخذ منه كله فما الفرق بينهما اجيب بان الفرق بان دار الاسلام دار احكام فيعتبر اليد الحكمية فيها علي
الموجود ودار الحرب ليست كذلك فالمعتبر فيها اليد الحقيقية والزمن عدمه وقوله وليس في الفيروزج يوجد في الجبال هو النوع الثاني
من المستخرج من المعادن وكذلك الجص والكحل والزرنيخ والياقوت وغيرها وقيده بقوله يوجد في الجبال احترازا عما يوجد منه وما
ذكره بعده من الزيبق واللولو في خزاين الكفار فاصاب فيه فان فيه الخمس بالاتفاق وقوله صلي الله عليه وسلم لا خمس في الحجر معلوم انه
لم يرد به ما كان للتجارة وانما اراد ما يستخرج من معدنه وكان اصلا في كل ما هو في معناه وقوله وفي الزيبق الخمس قيل هو فارسي
معرب اعرب بالهمز ومنهم من يقول بكسر الباء بعد الهمزة والمراد به ما يصاب في معدنه لما ذكرنا انفا حكي عن ابي يوسف ان ابا
حنيفة رحمه الله كان يقول اولا لا شي فيه وكنت اقول فيه الخمس فلم ازل اناظره واقول انه كالرصاص حتي قال فيه الخمس ثم رايت
ان لا شي فيه ثم الحاصل انه علي قول ابي حنيفة الاخر وهو قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد فيه الخمس وهو قول ابي يوسف
الاخر وهو قول ابي حنيفة الاول لا شي فيه قال لانه بمنزلة القير والنفط يعني هو من جملة المياه ولا خمس في الماء وقالا انه يستخرج
بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره وكان كالفضة فانها لا تنطبع ما لم يخلط بها شي وهذا هو النوع الثالث مما ذكرنا في هذا الكتاب
ولا خمس في العنبر واللولو عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر رضي الله عنه اخذ الخمس من
العنبر روي ان يعلي بن امية كتب الي عمر بن الخطاب رضي الله عنه يساله عن عنبرة وجدت علي الساحل فكتب اليه في جوابه انه
مال الله يوتيه من يشا وفيه الخمس قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره يصلح حجة في العنبر لا في اللولو ولم يذكر في الكتاب حجته
في اللولو وذكر في الفوايد الظهيرية ان السوال عن عمر كان عنهما جميعا فانه سيل عن العنبر واللولو يستخرج من البحر قال فيهما
الخمس واقول الذي يظهر من كلام المصنف انه اراد به الاستدلال علي اللولو بالدلالة لانه قال وفي كل حلية تخرج من البحر واستدل علي الجميع
بالعنبر لانه يخرج من البحر وفيه الخمس وكذا كل ما يستخرج منه دفعا للتحكم ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر ومعناه ان الخمس انما يجب فيما كان
في ايدي الكفرة وقد وقع بايدي المسلمين بايجاف الخيل والركاب والعنبر ليس كذلك لانه لم يكن في يد احد لان قهر الماء يمنع قهر غيره وعلي هذا
فلو وجد الذهب والفضة في قعر البحر لم يجب فيه شي والمروي عن عمر جواب عن الاستدلال بالعنبر ووجهه انه كان فيما دسره
البحر اي قذفه ودفعه به اي يوجب الخمس في الذي دسره البحر يقول ومراده دسر البحر الذي في دار الحرب فوجده الخمس علي ساحله فاخذه
فانه غنيمة يجب فيه الخمس وانما حمل ذلك لانه روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال لا في العنبر انه شي دسره البحر فلا شي فيه فيحمل
علي احد المعنيين اما علي انه في دار الاسلام واما علي انه اخذه واحد من المسلمين في دار الحرب لانه بمنزلة المتلصص ولا خمس فيهما

وقوله متاع وجد ركازا اي حال كونه ركازا والمراد بالمتاع ما يتمتع به في البيت مثل الرصاص والنحاس وغيرهما وقيل المراد به الثياب لانه يستمتع بها وذكر هذا البيان وجوب الخمس لا يتفاوت فيما بين ان يكون الركاز من النقدين او غيرهما وكلامه واضح والله تعالى اعلم

باب زكاة الزروع والثمار

سمي العشر زكاة كما سمي المصدق فيما تقدم عاشرا مجازا واخر العشر عن الزكاة لانها عبادة محضة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والعبادات الخالصة مقدمة على غيرها قال ابو حنيفة رحمه الله في كل ما تنبت الارض ويبتغى به النماء قليلا كان او كثيرا رطبا كان او يابسا سقي من سنة الى سنة او لا يوسق او لا يبقى سيحا بالجاري او الانهار او سقته السماء اي المطر العشر الا الحطب والقصب والحشيش والتبن والسعف وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية تبقى من سنة الى سنة اذا بلغت خمسة اوسق كل وسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم قيد بالثمرة لانها اسم لشيء من اصله وقيد بالباقية احترازا عن غيرها وحد البقاء ان يبقى سنة في الغالب من غير معالجة كبيرة كالحنطة والشعير والذرة وغيرها دون الخوخ والتفاح والسفرجل ونحوها وقيد بما يبلغ خمسة اوسق احترازا عما كان دونها والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسة اوسق الف ومائتا من لان كل صاع اربعة امنان فالخمس الاية هذا قول بعض اهل الكوفة وقال اهل البصرة الوسق ثلاثمائة من وليس في الخضراوات كالفواكه والبقول عشر عندهما لان البقول ليست بثمرة والفواكه لا بقاء لها سنة الا بمعالجة كبيرة فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء ولم يتعرض لكونه ثمرة لان البقول دخلت في اشتراط البقاء لما في الاول اي في اشتراط النصاب قوله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة لان زكاة التجارة تجب فيما دون خمسة اوسق اذا بلغت قيمته مائتي درهم ولانه صدقة بدليل تعلقها بنماء الارض وعدم وجوبها على الكافر وصرفها الى مصرف الصدقات وكل ما هو صدقة يشترط له النصاب ليتحقق الغناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام ما اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتاويل ما رويناه زكاة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهما فيكون قيمة خمسة اوسق مائتي درهم وهو نصاب الزكاة قيل العشر فيه معنى العبادة لما ذكرتم فيكون ماليته عفو ونصاب قياسا على الزكاة والجواب انه فاسد لانه قياس ما فيه العبادة مع كونه منصوصا عليه على العبادة المحضة وهو ظاهر الفساد قوله ولا معتبر بالمالك فيه اي في العشر جواب عن قوله فيشترط النصاب يعني ان الغناء صفة المالك والمالك في باب العشر غير معتبر حتى يجب في ارض المكاتب والصبي والمجنون والاراضي الموقوفة على الرباطات والمساجد فكيف بصفته وهو الغناء ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الخضراوات صدقة ووجه الاستدلال انه عليه السلام نفى الصدقة عن الخضراوات وليس الزكاة منفية بالاتفاق فتعين العشر وله ما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم ما اخرجت الارض ففيه العشر ومرويهما وهو ليس في الخضراوات صدقة محمول على صدقة ياخذها العاشر يعني اذا مر بالخضراوات على العاشر واراد العاشر ان ياخذ من عينها لاجل الفقراء عندنا لا يأخذها عند دفع القيمة ياخذها اي هذا المروي اخذ ابو حنيفة في حق المحل الذي حملناه عليه وانما قلنا لاجل الفقراء لانه لو اخذ عينها ليصرف الى عمالته جاز وانما قلنا عند اباء المالك عن دفع القيمة لا كلام في جواز اخذه وهذا لان الاخذ ثبت للفقراء ولا نظر لهم لان العاشر في الاغلب يكون نائيا عن البلد ولا يجد فقيرا يصرفه اليه فيحتاج الى ان يبعث بها الى البلد وربما يفسد قبل الوصول الى الفقراء فيؤدي الى الضرر فلا ياخذ بل يؤديه بنفسه والذي يقطع هذا ان هذا العام المتفق عليه ولو في بعض موجبه اولى من الخاص المختلف فيه وقد اتفقوا على العمل بما رواه ابو حنيفة في مقدار خمسة اوسق ولم يعمل بما رواه ابو حنيفة رحمه الله وان حمل على محل اخر وعمل به فيه وابو حنيفة اخذ هذا الاصل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فانه عمل بالعام المتفق عليه حين اراد اجلاء بني النضير وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب واجلاهم ولم يلتفت الى ما اعترضوا به عليه من قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون كذا نقله شيخي عن شيخه رحمهم الله قوله ولا ان الارض قد تستغل دليل معقول على مدعاه وتقريره السبب هي الارض النامية والارض النامية قد تستغل بما لا يبقى فلو لم يجب العشر فيما لا يبقى لكان فقد وجد السبب والخارج بلا شيء وذلك اخلاء السبب عن الحكم في موضع يحتاط في اثبات ذلك الحكم وهو لا يجوز لكن يجب فيه اي فيما لا يبقى من الخارج كالخضراوات او في الارض النامية الخارج الذي لا يبقى على تاويل المكان وقوله اما الحطب بيان لما استثناه ابو حنيفة ما اوجبه الارض وقوله وفي الحسان اي وفي البساتين وبيانه ان الحطب والقصب والحشيش ونحو هذا لا تستغل به الارض لا عشر فيها لان سبب وجوب العشر الارض النامية وهذه الاشياء تنفى عنها البساتين لانها اذا غلبت على الارض افسدتها فلا يحصل بها النماء حتى لو اتخذ الارض مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش واراد به الاستنماء تبطل ذلك وسقي كان فيها العشر قوله المراد بالمذكور القصب الفارسي القصب كل نبات كان ساقه انابيب وكعوبا والكعب العقدة والانبوب ما بين الكعبين وانواع القصب الفارسي وهو ما يتخذ منه الاقلام وقصب الذريرة وهو نوع منه متفاوت العقد والانبوب مملوا من مثل نسج العنكبوت وفي مصحف مسحوقة عطر يؤتى به من الهند واجوده الياقوتي اللون وقصب السكر والمستثنى منها القصب الفارسي واما الاوتار ففيها العشر لانه يقصد بها الاستغلال الارض بخلاف السعف وهو ورق الجريد الذي يتخذ منه المراوح والتبن لان المقصود الحب والتمر دونهما فان قيل ينبغي ان يجب العشر في التبن لانه كان واجبا وقت كون الزرع قصيلا والتبن

هو القصيل فما بالا انه زادت فيه المؤنة وبها لا يتغير الواجب اجيب بانه لا يتغير العشر في التبن لان العشر كان واجبا قبل ادراك الزرع في الساق حتى لو قصله وجب العشر في القصيل فاذا ادرك تحول العشر من الساق الى الحب كما يتحول الخراج من المكنة عند التعطيل الى الخارج عند الخروج قال وما سقي بغرب او دالية او سانية ففيه نصف العشر على القولين الغرب الدلو العظيم والدالية الجذع الطويل يركب تركيب مداق الارز في راسه مغرفة كبيرة يسقى بها والسانية الناقة التي يستقى عليها قوله ففيه نصف العشر على القولين اي على حسب اختلاف قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد يجب عنده نصف العشر من غير شرط النصاب والبقاء وعندهما انه يجب نصف العشر لكن بشرط النصاب والبقاء كما بينا وما ذكره من الدليل ظاهر وقال شمس الائمة السرخسي علل بعض مشايخنا بقلة المؤنة فيما سقته السماء وكثرتها فيما سقي بغرب او دالية وهذا ليس بقوي فان الشرع اوجب الخمس في الغنائم والمؤنة فيها اكثر منها في الزراعة ولكن هذا تقدير شرعي فيتبع ويعتقد فيه المصلحة وان لم نقف عليها قوله وان سقي سيحا وبدالية واضح وانما عطف الدالية بالباء لان السيح اسم للماء دون الدالية فان الدالية اله الاستقاء فلا يصح ان يقال سقى دالية لان الدالية غير مسقية بل هي آلة السقي كذا في النهاية وقوله قال ابو يوسف قيل انما ابتدأ بقول ابي يوسف لانه لا يرد الا على قول ابي حنيفة فانه يقول بالعشر في القليل والكثير وهما ابتنيا الحكم على قرد مذهبهما في المنصوص عليه فهو ما يدخل تحت الوسق فيحتاج الى البيان فيما لا يوسق قوله لان التقدير بالوسق كان باعتبار انه اعلى ما يقدر نوعه لانه يقدر اولا بالصاع ثم بالكيل ثم بالوسق وكان الوسق اقصى ما يقدر به بالمقدار واقصى ما يقدر به في القطن الحمل لانه يقدر اولا بالاساتير ثم بالامنان ثم بالحمل وكان الحمل اعلى ما يقدر به وفي الزعفران المن لانه يقدر اولا بالسنجات ثم بالاساتير ثم بالمن قوله وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر وقيل ارض العشر لانه اذا اخذ من ارض الخراج فلا شيء فيه لا عشر ولا خراج كما نبين قوله فاشبه الابريسم الذي يكون منه دود القز ولنا قوله عليه السلام يعني به ما روى ابو سلمة عن ابي هريرة رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن ان في العسل العشر لان النحل تتناول من الانوار والثمار قال الله تعالى ثم كلي من كل الثمرات وفيها العشر فكذا فيما يتولد منها وقوله ثم عند ابي حنيفة ظاهر وقوله لحديث بني شبابة وفي بعض النسخ ما روي بني سيارة وهي ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه ان بني شبابة قوما من خثعم كانت لهم نحل عسالة يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من كل عشر قرب قربة وكان يحمي واديهم فلما كان في زمن عمر رضي الله عنه استعمل عليهم سفيان بن عبد الله الثقفي رضي الله عنه فابوا ان يعطوه شيئا فكتب في ذلك الى عمر رضي الله عنه ان النحل ذباب غيث يسوقه الله تعالى الى من يشاء فان ادوا اليك ما كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحم لهم واديهم والا فخل بينهم وبين الناس فدفعوا اليه العشر القرب خمسون رطلا قوله وكل فرق ستة وثلاثون رطلا الفرق بتحريك الراء يأخذ ستة عشر رطلا وقيل ثلاثة اصوع نقله صاحب المغرب في التهذيب عن ثعلب وخالد بن يزيد وقال الازهري والمحدثون على السكون وكلام العرب على التحريك وفي الصحاح الفرق المكيال معروف بالمدينة وهو ستة عشر رطلا وقال قد يحرك ثم قال المطرزي قلت وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله الفرق ستة وثلاثون رطلا ولم اجد هذا فيما عندي من اصول اللغة قوله وكذا في قصب السكر اي الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في قصب السكر كما هو في القطن والزعفران فيعتبر عند ابي يوسف بقيمة خمسة اوسق وعند محمد خمسة امنان وقوله وما يوجد في الجبال ظاهر وقوله لان المقصود حاصل وهو الخارج يعني ولا معتبر بكون الارض غير مملوكة له لان العشر يجب على المستعير اذا زرع والارض غير مملوكة له لان الخارج يسلم له من غير عوض فكذا هذا قوله كل شيء اخرجته الارض مما فيه الواجب العشري عشرا كان او نصفه لا ترفع المؤنة من العشر مثل اجر العمال والبقر وكري الانهار وغير ذلك يعني لا يقال بعدم وجوب العشر في قدر الخارج فيسلم ذلك القدر بلا عشر ثم يعشر الباقي لان قدر المؤنة بمنزلة السالم له بعوض كانه اشتراه الا ترى انه من زرع في ارض مغصوبة يسلم له من الخارج بقدر ما غرم من نقصان الارض فطاب له كانه اشتراه ووجه قولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم حكم بتفاوت الواجب بتفاوت المؤنة لانه قال ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب ففيه نصف العشر فاذا كان كذلك لم يكن لرفعها معنى لان رفعها يستلزم عدم التفاوت المنصوص عليه وهو باطل وبيانه ان الخارج فيما سقته السماء اذا كان عشرين قفيزا ففيه العشر قفيزان واذا كان الخارج فيما سقي بغرب اربعين قفيزا والمؤنة تساوي عشرين قفيزا واذا رفعت كان الواجب قفيزين فلم يكن تفاوت بين ما سقته السماء وبين ما سقي بغرب والمنصوص بخلافه فتبين ان ما سقي بغرب فيه نصف العشر من غير اعتبار المؤنة وهذا الكلام من خواص هذا الشرح فليتامل قيل كان من حق الكلام ان يقول مما فيه العشر او نصف العشر من غير اعتبار المؤنة لان الواجب احدهما والجواب ان الواجب العشري كما اشرنا اليه في صدر الكلام فكان العشر صار علما لذلك سواء كان عشرا لغويا او نصفه وقوله تغلبي بكسر اللام منسوب الى بني تغلب وقوله عرف ذلك باجماع الصحابة تقدم بيانه في قصة عمر رضي الله عنه معهم في ذلك بين ان يكون الارض ملكه في الاصل او اشتراه وعن محمد ان فيما اشتراه من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده لا تتغير بالمالك فتضعيف انما يكون في الاراضي الاصلية التي وقع الصلح عليها دلالة ان الصلح وقع بيننا وبينهم

الحلوانية

نظراه

علي انه يضعف عليهم ما يوجد من المسلم والعشر يؤخذ من المسلم عليهم و قوله والا اشتراها يعني الارض التي عليها العشر المضعف عنه
من الاصل من التغلبي ذمي يعني علي حاله من العشر المضاعف عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر علي العاشر بالمال
فانه يوجد منه ضعف ما يوجد من المسلم من المسلم وقوله وكذلك ان اشتراها منه مسلم يعني يبقى عشريا مضاعفا عند ابي حنيفة
من غير فصل بين التضعيف الاصلي والحادث لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الي المسلم بما فيها كالخراج فان المسلم اذا
اشترى ارضا خراجية بقيت كما كانت ولذلك اي الاسلام صاحبها وهذا لان بقاء الحكم يستغني عن بقاء العلة كالرمل والاضطباع
مما بعد زوال الحاجة الي اظهار الجلد وهذا بحث قررناه في التقرير فليطلب ثمة وقال ابو يوسف يعود الي عشر واحد لزوال
الداعي الي التضعيف وهو الكفر الا ترى ان التغلبي اذا كانت له خمس من الابل السائمة يجب فيها شاتان فاذا باعها من مسلم او اسلم
يؤخذ منه شاة واحدة والجواب لابي حنيفة ان مال الزكاة اقبل للتحويل من وصف الي وصف الا ترى ان مال التجارة يبطل
عنه الزكاة بنية العلف والسوائم يبطل عنها بجعلها علوفة والاراضي ليست كذلك وقوله قال في الكتاب اي في كتاب الزكاة
من المبسوط وهو ان العود الي عشر واحد قول محمد فيما صح عنه قال محمد رحمه الله اختلف ايا نسخ المبسوط في بيان قول محمد انه مع ابي حنيفة
او مع ابي يوسف والاصح انه مع ابي حنيفة في بقاء التضعيف على المسلم وما بعده ظاهر مما تقدم وقوله ولو كانت الارض
لمسلم باعها من نصراني او ذمي غير تغلبي وانما فسره بذلك لان لفظ النصراني ولفظ الذمي سواء ان التغلبي وغيره من النصارى
وذكر قيل هذا بيع المسلم من التغلبي وكان هذا من غير تغلبي وانما قيد بقوله وقبضها ليعلم به تاكد ملك الذمي فيها ويخرج الارض
عليها حتى اذا اخذها عنه بالشفعة او ردت علي البائع بقيت عشرية كما كانت وهي المسئلة الثانية التي تجيء وقوله لانه اليق بحال
الكافر انما كان كذلك لان الماخوذ ثلثة انواع خراج وعشر واحد وعشر مضاف والعشر المضاف بتسمية الصلح والتراضي كما
في التغلبية وليس بموجود والعشر الواحد فيه معنى القربة والكافر ليس من اهله فتعين الخراج لانه اليق به لكونه مونة فيها معنى
العقوبة والكافر اهل لها قوله اعتبارا بالتغلبي يعني ماكان مأخوذا من المسلم اذا وجب اخذه من الكافر يضعف عليه
كصدقة بني تغلب وما مر به الذمي علي العاشر وهو اهون من التبديل لانه تغير في الوصف والخراج ولعب احد قوله ثم في رواية
يصرف مصارف الصدقات في رواية مصارف الخراج وجه الاول ان حق الفقير تعلق به فلا يتعلق حق المقاتلة بالاراضي
الخراجية ووجه الثانية وهي رواية ابن سماعة ان ما يصرف الي الفقراء هو ما كان لله تعالى بطريق العبادة ومال الكافر ليس كذلك
فيصرف مصارف الخراج قوله فان اخذها منه مسلم اي فان اخذ الارض المسلم عنها المسلم من نصراني اي من النصراني الذي مسلم بالشفعة او ردت
علي البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول اي الاخذ بالشفعة فلتحول الصفقة الي الشفيع كانه اشتراها من المسلم ولم يتوسط
النصراني واعترضوا بانه ليس كذلك لما رجع الشفيع بالعيب علي المشتري اذا قبضها منه واجيب بانه انما يرجع عليه لوجود القبض
منه كما في الوكيل بالمبيع فان المشتري يرد المبيع بالعيب علي الوكيل لحصول القبض منه حتى لو كان الشفيع قبضها من البائع ثم وجد بها
عيبا يردها عليه دون المشتري واما الثاني اي الرد علي البائع لفساد البيع فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن
ولان حق المسلم اي البائع لا ينقطع بهذا الشرا وهو الفاسد لكونه مستحق الرد بفسخ له قال واذا كانت لمسلم دار خطة كما تم
فضه بالاضافة مما حاويكن خطه بالنصب تمييزا كما في عنده رطل زيتا والخطة ما خطه الامام بالتمليك عند فتح دار الحرب والبستان
كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار علي ما يجي ووضع هذه المسئلة لبيان ان الحكم الاصلي لا يتغير بتغير صفته
فانها لو بقيت دارا كما كانت لم يكن فيها شي سواء كان مالكها مسلما او ذميا فان جعلها بستانا وجب عليه العشر والخراج ان سقاها
بماء الخراج لان ما المونة بمثل هذا تدور مع الماء لان وظيفة الاراضي باعتبار الماء وهي انما تملك بالماء واستشكل هذه المسئلة
بان فيها توظيف الخراج علي المسلم ابتداء وقد ذكر محمد في ابواب السير من الزيادات ان المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج عليه اذا لم يكن
منه صنع يستدعي ذلك وههنا وجد منه ذلك وهو السقي بماء الخراج اذ الخراج يجب حقا للمقاتلة فيختص وجوبه بما حوته المقاتلة
الا ترى ان المسلم اذا احيا ارضا ميتة باذن الامام وسقاها بماء الخراج وجب عليه الخراج ومعنى قوله في مثل هذا الارض التي لم
يتعذر امر على عشر او خراج وهو احتراز عما اذا كان المسلم ارض تسقى بماء العشر وقد اشتراها ذمي فانها عشرية وفيه الخراج
وليس علي المجوسي في داره شي قال شيخ الاسلام انما خصه بالذكر لانه قيل لعمر رضي الله عنه ان المجوس كثير بالسواد فقال اعيانا في
امر المجوس وفي القوم عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه بذلك الى اكبر عباد الله ان يجروا اراضيهم وعامرهم فيوظفوا الخراج علي اراضيهم
بقدر الطاقة والربع وعفا عن رقاب دورهم وعن رقاب الاشجار فيها فلما ثبت العفو في حقهم مع كونهم البعد عن الاسلام ثبت في حق
اليهود والنصارى بالطريق الاولى وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر عليه اذ فيه معنى
القربة فيتعين الخراج وهو عقوبة يليق بحاله ولقائل ان يقول اما ان يكون الاعتبار للماء او لحال من يوضع عليه الوظيفة فان كان
الاول وجب عليه العشر وان كان الثاني ناقض هذا قوله لان المونة في مثل هذا تدور مع الماء ووجب على المسلم العشر اذا سقى
ارضه بماء الخراج والجواب ان الاعتبار للماء ولكن قبول المحل شرط وجوب الحكم والكافر ليس محلا لايجاب العشر عليه لكونه عبادة
فان قيل فكيف كان المسلم محلا لايجاب الخراج وفيه الصغار والمسلم ليس محلا له مطلقا او اذا لم يظهر منه صنع يقتضيه والاول
ممنوع والثاني مسلم ولكنه قد ظهر منه ذلك وهو السقي بماء الخراج كما تقدم قوله علي قياس قوله يعني ان الذي اذا اشترى من مسلم

ارضا

عشرية وجب عند ابي يوسف عشر مضاعف وعند محمد عشر واحد فعلى قياس قولهما هذا وجب علي المجوسي اذا سقى ارضه بماء العشر عند محمد عشر
واحد وعند ابي يوسف عشران والوجه من الجانبين قدم والروايتان عن محمد في المصرف قوله ثم الماء العشري بيان لماء العشري والخراجي
وهو ظاهر والانهار التي شقها الاعاجم مثل نهر الملك ويزدجرد ومرد ورد لان اصل تلك الانهار بماء الخراج فصارت ماها خراجيا
وصارت الارض خراجية بيعا وجيحون نهر ترمذ بكسر التاء والذال المعجمة وسيحون نهر الترك وهو نهر خجند ودجلة نهر بغداد
والفرات نهر الكوفة قال بعض المشايخ الابار والعيون التي حفرت وظهرت في الارض العشرية ماؤها عشري واما التي يكون
في الارض الخراجية فماؤها ايضا خراجي لان الماء يأخذ حكم الارض لكونه خارجا منها وفيه بحث وهو انه ذكر ان الارض العشرية
ما تسقى من ماء العشر فلو كان ماء العشر من الابار والعيون ما يكون في الارض العشرية لم يفد شيئا لتوقف احدهما على الاخر والجواب
ان الاراضي العشرية خمسة انواع ارض العرب فانها عشرية وسياتي تحديدها والثاني كل ارض اسلم اهلها طوعا والثالث
الاراضي التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين والرابع بستان مسلم كان داره فاتخذه بستانا والخامس الارض الميتة
التي احياها مسلم وكانت من توابع الارض العشرية وما نحن فيه انما يتصور في الرابع والخامس فان المسلم اذا كان
له دار في ارض العرب او في الارض التي اسلم اهلها طوعا او التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلها بستانا وسقى
ابارها او العيون التي فيها وجب العشر وان كانت الارض لمجوسي والمسئلة بحالها فعلى ما ذكر من اختلافهم في وجوب الخراج او
العشر الواحد او المضاعف وعلى هذا اذا احياها مواتا قوله لان الصلح جرى علي تضعيف الصدقة اي علي تضعيف ما يجب
علي المسلمين من العبادة او ما فيه معناها دون المونة المحضة اي الخالية عن معنى العبادة كالخراج لمن وجب عليه من الخراج
شي منهم ثم وجب علي بني تغلب ضعفه وعلى الصبي والمراة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم وقوله
وليس في عين القير والنفط القير هو الزفت والقار فيه لغة والنفط بفتح النون وكسرها وهو افصح دهن يكون علي وجه
الماء في العين وكلامه واضح قوله وعليه في ارض الخراج خراج يجوز ان يكون معناه وعلى عين القير والنفط خراج ان
يمسح موضع القير اذا كان حريمها صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة فيكون موضع العين تابعا للارض وهو
اختيار بعض المشايخ ويجوز ان يكون معناه وعلى الرجل في عين النفط والقير في ارض الخراج خراج يعني في حريمها اذا كان
صالحا للزراعة ولا يمسح موضع العين لانه لا يصلح للزراعة وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله وهو مختار ابي بكر الرازي
لان حريمه في الاصل انما امكنه صاحبه لحاجته وهو تحصيل ما يحصل به فيه ومنهم من قال لا خراج فيها ولا على حواليها لانها لا
تصلح للزراعة كالارض السبخة وقال ابتلعها الماء وكان المصنف رحمه الله اختار قول ابي بكر الرازي باب
من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز لما ذكر الزكاة وما يلحقها من خمس المعادن وعشر الزروع احتاج الي بيان
من يصرف اليه هذه الاشياء فشرع في بيانه في هذا الباب الاصل فيه اي فيمن يجوز الصرف اليه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء
والمساكين الاية فهي ثمانية اصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم وهم كانوا ثلاثة انواع نوع كان يعطيهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم ليسلموا او ليسلم قومهم باسلامهم ونوع منهم اسلموا لكن علي ضعف فيريد بتقريرهم لضعفهم ونوع منهم لدفع شرهم
وهم مثل عيينة بن حصين والاقرع بن حابس والعباس بن مرداس وكانوا رؤوس قريش لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ليعطيهم خوفا منهم فان الانبياء عليهم السلام لا يخافون احدا الا الله وانما اعطاهم خشية ان يكبهم الله علي وجوههم في نار جهنم
ثم سقط ذلك في خلافة الصديق رضي الله عنه روي انهم استندوا الخط ليصيبهم في خلافة ابي بكر رضي الله عنه فبدل لهم
وجاؤوا الي عمر رضي الله عنه فاستندوا الخط فابى ومزق خط ابي بكر رضي الله عنه وقال هذا شي كان يعطيكم رسول الله صلى الله
عليه وسلم ليتالفكم فاما اليوم فقد اعز الله الاسلام واغنى عنكم فان تبتم الي الاسلام والا فبيننا وبينكم السيف فعادوا الي ابي بكر فقالوا
انت الخليفة او عمر بذلت لنا الخط ومزقه عمر فقال هو ان شاء ولم يخالفه وعلى ذلك انعقد الاجماع واختلف كلام القوم في
وجه سقوطه بعد النبي صلى الله عليه وسلم بعد ثبوته بالكتاب الي حين وفاته عليه السلام فمنهم من ارتكب جواز نسخ ما ثبت
بالكتاب بالاجماع حجة قطعية كالكتاب وليس بصحيح من الذهب ومنهم من قال هو من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته كانتهاء جواز
الصوم بانتهاء وقته وهو التهار ورد بان الحكم في البقاء لا يحتاج الي علة كما في الرمل والاضطباع في الطواف وقد تقدم فانتهاؤها
لا يستلزم انتهاءه وفيه بحث قررناه في التقرير وقال شيخي شيخ العلامة علاء الدين عبد العزيز والاحسن ان يقال هذا تقرير لما كان
في زمن النبي صلى الله عليه وسلم من حيث المعنى وذلك ان المقصود بالدفع اليهم كان اعزاز الاسلام لضعفه في ذلك الوقت لغلبة اهل الكفر
وكان الاعزاز بالدفع ولما تبدلت الحال بغلبة اهل الاسلام صار الاعزاز في المنع وكان الاعطاء في ذلك الزمان والمنع في هذا الزمان
بمنزلة الالة لاعزاز الدين والاعزاز هو المقصود وهو باق على حاله فلم يكن نسخا كالمتيمم وجب عليه استعمال التراب للتطهير
لانه الة متعينة لحصول التطهير عند عدم الماء فاذا تبدل حاله بوجدان الماء سقط الاول ووجب استعمال الماء لانه صار متعينا
لحصول المقصود ولا يكون هذا نسخا للاول فكذا هذا وهو نظير ايجاب الدية على العاقلة فانها كانت واجبة علي العشيرة في زمن النبي
صلى الله عليه وسلم وبعده علي اهل الديوان لان الايجاب علي العاقلة بسبب النصرة والاستنصار في زمنه عليه السلام كان بالعشيرة وبعده
باهل الديوان فايجابها علي اهل الديوان بعده عليه السلام لم يكن نسخا بل كان تقريرا للمعنى الذي وجبت الدية لاجله وهو

الاستغفار فكلمه هذا وهو كلام حسن وقوله والفقير وهو من له ادنى شي ظاهر وقوله ولكل وجه اما وجه الاول وهو ان
يكون المسكين اسوا حالا من الفقير فقوله تعالى او مسكينا ذا متربه اي لاصقا بالتراب من الجوع والعري واما وجه من قال
بالتالي وهو ان الفقير اسوا حالا من المسكين فقوله تعالى اما السفينه فكانت لمساكين يعملون في البحر والفايده تظهر في
الوصايا والاوقاف والنذور لا في الزكاة فان صرفها الى صنف واحد جايز عندنا ثم هما صنفان او صنف واحد ذكره
في كتاب الوصايا ان شا الله تعالى روي عن ابي يوسف انه قال هما صنف واحد حتى قال فيمن اوصى بثلث ماله لفلان وللفقرا
والمساكين ان لفلان نصف الثلث وللفريقين النصف الاخر وقال ابو حنيفه لفلان ثلث الثلث فجعلهما صنفين وهو
الصحيح كذا ذكره فخر الاسلام لانه عطف وهو يقتضي المغايره وقوله والعامل يدفع اليه الامام العامل هو الذي يبعثه
الامام لجبايه الصدقات يعطيه ما يسعه اي يكفيه واعوانه مدة ذهابهم وايابهم لانه فرغ نفسه لعمل من امور المسلمين فيستحق
على ذلك رزقا كالقضاة والمقاتله وليس ذلك على وجه الاجاره لانها لا تكون الا بعمل معلوم او مدة معلومه واجر معلوم
ولم يقدر ذلك بالثمن خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقدر به ذلك لان التسميه تقتضي المساواة في الاصل فيكون بيانا للحصه وفيه
نظر لان التسميه ان اقتضت ذلك فهم المولفه قلوبهم بالاجماع سقط فلم يبق الاسهم ثمانيه حتى يكون له الثمن واجيب بان
المولفه قلوبهم مسلمون وكفار وزال قط بينهم الكفار فقط وكانت الاسهم ثمانيه وقوله لان استحقاقه بطريق الكفايه
اي لا بطريق الصدقه الا ترى ان صاحب الزكاة لو دفعها الى الامام لم يستحق العامل شيا وياخذ وان كان غنيا فان قيل
لو كان كذلك لجاز اخذه للهاشمي اجاب بقوله الا ان فيه شبهة الصدقه نظرا الى سقوط الزكاة عن ذمة المودي فلا ياخذها العامل
الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول صلى الله عليه وسلم عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه اي الهاشمي في استحقاق الكرامه فلم
يعتبر الشبهه في حقه وقوله هو المنقول يعني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روي ان رجلا قال يا رسول الله دلني
على عمل يدخلني الجنه قال فك الرقبه او اعتق النسمه قال اوليسا سوا يا رسول الله قال فك الرقبه ان تعين في عتقه
وقوله ولا يملك ما يكون فاضلا عن دينه لانه اذا ملك ذلك كان غنيا وان لم يملك وما في يده مستحق بالدين وجوده وعدمه
سواكان فقيرا وقوله في اصلاح ذات البين اي الصلح بين المتعادين لزوال الاختلاف وحصول الايتلاف والنايرة
العداوة والشحنا وقوله منقطع الغزاة اي فقرا الغزاة وكذلك المراد بمنقطع الحج فقراهم المنقطع بهم ولا يصرف الى اغنيا الغزاة
عندنا المصرف هو الفقرا لقوله صلى الله عليه وسلم خذها من اغنيايهم وردها في فقرايهم وقال الشافعي يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم
لا تحل الصدقه لغني الا لخمسه منها لجليهم الغزاة في سبيل الله وتاويله الغني بقوة البدن ومعناه ان المستغني بكسبه لقوة بدنه
لا تحل له طلب الصدقه الا اذا كان غازيا فيحل له لاشتغاله بالجهاد عن الكسب وذكر تلك الخمس في التجنيس فقال لا تحل الصدقه
لغني الا لخمسه الغازي والعامل عليها والغارم ورجل اشتراها بماله ورجل تصدق بها على المسكين فاهداها المسكين اليه وذكر في
المصابيح في روايه وابن السبيل فان قيل قوله وفي سبيل الله مكرر سواكان منقطع الغزاه او منقطع الحاج لانه اما ان
يكون له في وطنه مال اولا فان كان فهو ابن السبيل وان لم يكن فهو فقير فمن اين يكون العدد سبعه اجيب بانه فقير الا انه ازداد
فيه شي اخر سوى الفقر وهو الانقطاع في عبادة الله من جهاد او حج فلذلك غاير الفقير المطلق فان المقيد يغاير المطلق
لا محاله ويظهر اثر التغاير في حكم اخر ايضا وهو زيادة التحريض والترغيب في رعاية جانبه التي استفيدت من العدول
من اللام الى كلمه في فان في ذلك ايذانا بانهم ارسخ في التصدق عليهم ممن سبق ذكرهم لان في للظرفيه فنبه على انهم احقا بان يوضع
فيهم الصدقات واذا كان كذلك لم ينتقض المصارف عن السبعه وفيه تامل وقوله وهذه جهات الزكاة يعني انهم مصارف الصدقات
لا مستحقوها عندنا حتى يجوز الصرف الى واحد منهم وقال الشافعي رحمه الله هم المستحقون لها حتى لا يجوز ما لم يصرف الى الاصناف
السبعه من كل صنف ثلثه وهم احد وعشرون لان الاضافه بحرف اللام للاستحقاق لكونها موضوعه للتمليك ولنا ان الاضافه لبيان
انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق قال ابن عباس رضي الله عنهما المراد بيان المصارف فالي ايها صرفت اجزاك كما ان الله تعالى امرنا
باستقبال الكعبه فاذا استقبلنا جزا منها كنت ممتثلا الامر الا ترى ان الله تعالى ذكر الاصناف باوصاف تنبي عن الحاجه فعرفنا
ان المقصود سد خلة المحتاج فصار وصفا واحدا في التحقيق وقوله وهذا لما ذكرنا ان الاضافه لبيان انهم مصارف
لا لاثبات الاستحقاق لما عرف ان الزكاة حق الله تعالى وبعلة الفقر في الحاجه صارت مصارف لما ذكرنا انه تعالى ذكر
الاصناف باوصاف تنبي عن الحاجه فلا يبالي باختلاف جهاته وقوله ولا يجوز ان يدفع الزكاة الى ذمي واضح والضمير في اغنيا
يهم راجع الى المسلمين بالاجماع لان الزكاة لا تجب على الكافر فكذا الضمير في فقرايهم لئلا يختل النظم فان قيل هذا زيادة على النص وهو قوله
انما الصدقات بخبر الواحد وهو لا يجوز اجيب بانه مشهور تلقته الامه بالقبول فجاز الزيادة به وقوله ويدفع ما سوى ذلك من الصدقات
يعني الى الذمي لانه هو المذكور اولا دون الحربي والمستامن لان فقرا المسلمين اولى وقوله تصدقوا على اهل الاديان كلها يقتضي
احدهما ان الصرف يجوز الى الحربي والمستامن والثاني جواز دفع الزكاة اليهم ايضا واجاب عن الثاني بقوله ولولا حديث معاذ
لقلنا بجواز في الزكاة لان قوله تصدقوا مطلق فان معناه افعلوا التصدق فمنهم من قال معناه انه مخصوص به وليس بشي
لان المطلق ليس بعام ومنهم من يقول معناه العمل بالدليلين وذلك لان قوله تعالى تصدقوا على اهل الاديان كلها يقتضي

جواز

جواز دفع الزكاة اليهم وحديث معاذ يقتضي عدمه فقلنا حديث معاذ في الزكاة والاحسن فيما سواها من الصدقات
الواجبه كصدقة الفطر والصدقه المنذوره والكفارات عملا بالدليلين ولم يذكر الجواب عن الاول واجيب عنه بانه مخصوص
في حق الحربي والمستامن في قوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم وفيه نظر لانه تخصيص بيان التغيير وهو يمنع الخصوص على
ما عرف في الاصول ولا يدفع ما قيل كلمة كل للتاكيد للاديان لا التاكيد للاهل فتامل فانه غامض سلمناه ولكنه يقتضي ان يكون
المخصص مقارنا عندنا وليس بثابت على ان في الايه النهي عن التولي لا عن البر فلا يكون له التعلق بالصدقه ويمكن ان يقال
امرنا بالمقاتله معهم باية القتال فان كان شي منها متاخرا عن هذا الحديث كان ناسخا في حقهم وان لم يكن لم يبق الحديث
معمولا به في حقهم لان التصدق عليهم مرحمه لهم ومواساة وهي منافيه لمقتضى الايه وليس لي مدة فيسقط العمل به في حقهم وبقي
معمولا به في حق اهل الذمه متمثلا بالدليل بقدر الامكان وقوله وهو الركن لان الاصل في دفع الزكاة تمليك فقير مسلم غير هاشمي
ولا مولاه جزا من المال مع قطع منفعة المدفوع عن نفسه مقرونا بالنيه ولقايل ان يقول قولكم التمليك ركن دعوى مجرده
اذ ليس في الادله الا تعليه المنقوله في هذا الباب ما يدل على ذلك ما خلا قوله تعالى انما الصدقات للفقرا وانتم جعلتم اللام
للعاقبه دون التمليك والجواب ان معنى قولهم للعاقبه ان المقبوض يصير ملكا لهم في العاقبه فهم مصارف ابتدا لا مستحقون
ثم يحصل لهم الملك في العاقبه بدلالة اللام فلم يبق دعوى مجرده وقوله لا نقضا دين الفقير لا يقتضي التمليك منه بدليل
ان الداين والمديون اذا تصادقا ان لا دين منهما فللمودي ان يسترد المقبوض من القابض فلم يصر هو ملكا للقابض
واما قيد بدين الميت لانه لو قضى دين حي بامره وقع عن الزكاة كانه تصدق على الغريم فيكون القابض كالوكيل له في قبض
الصدقه وقوله ولا يشتري بها رقبه ظاهر وقوله ولا يدفع المزكي زكاته الى ابيه اي من يكون بينهما قرابه ولاد اعلى او
اسفل واما سواهما من القرابه فيتم الايتا بالصرف اليه وهو افضل لما فيه من صلة الرحم وقوله للاشتراك في المنافع
عاديه لان الله تعالى قال ووجدك عايلا فاغنى قيل بمال خديجه رضي الله عنها وقوله لما ذكرنا يعني من انتفاع كل منهما بمنفعة الاخر
الا كلا منهما متهم في حق صاحبه لا يجوز شهادته له وان كل واحد منهما يرث صاحبه من غير حجب كما في الولادة فكما ان الولاده
مانع فكذا ما يتفرع منه الولاده وقوله قولنا هو محمول على النافله روي انها كانت امراة ضعيفة اليدين تعمل للناس
وتتصدق بذلك ابيه بقوله وقوله ولو حق في كسب مكاتبه ظاهر الا ترى انه لو تزوج جارية مكاتبه لم يجز كما لو تزوج جارية
نفسه وقوله ولا الى عبد اعتق بعضه بحكم التجزي بان يكون عبد بين اثنين اعتق احدهما نصيبه وهو معسر لا يجوز للاخر دفع
زكاته اليه لانه بمنزلة المكاتب عنده وهم مديونان عنده وقوله وبخلاف امراة الغني يعني فانه يجوز الدفع اليها اذا كانت
فقيره وهو ظاهر الروايه وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه لا يجوز لانها مكتفيه المونه لاستيجاب النفقه على الغني
حالة اليسر والاعسار فصار كالصرف الى ولد الصغير لغني ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب والفرق بينها وبين الولد الصغير
للغني ان استيجاب النفقه عليه بالجزيه وكان الصرف اليها كالصرف الى الغني وقوله ولا يدفع الى هاشمي الى قوله بمنزلة التردد
بالماء ظاهر واعترض عليه بان التشبيه بالوضو على الوضو كان انسب لان فيه وجود القربه وهذا اختيار صاحب
الفتاوى الكبرى حرمة التطوع ايضا وذكر في شرح الاثار ان المفروضه والنافله محرمتان عليهم عند محمد وعن ابي حنيفه
فيها روايتان واجيب بان المال في التطهير دون المال ان المال مطهر حكما والما حقيقه وحكما فيكون المال مطهرا من وجه دون
وجه فجعلناه متدنسا في الفرض دون النفل عملا بالوجهين وقوله وهم ال علي ظاهر وقوله واما مواليهم فلما روي ان مولى
لرسول الله صلى الله عليه وسلم هو ابو رافع روى صاحب السنن مسندا الى ابي رافع ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث رجلا
من بني مخزوم على الصدقه فقال لابي رافع اصحبني فانك تصيب منها قال حتى انطلق الى النبي صلى الله عليه وسلم فسال له فاتاه
فسال له فقال ان مولى القوم من انفسهم وانا لا تحل لنا الصدقه فان قيل لو كان مولى القوم منهم لما وجب الجزيه على عبد كافر
اعتقه القرشي لانه لا جزية عليه اجاب بقوله بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبد النصراني حيث يوخذ منه الجزيه ويعتبر حال
المعتق بفتح لانه هو القياس لان القياس ان لا يلحق المعتق بالمعتق في حال ما لان كل واحد منهما بنفسه من حيث البلوغ
والعقل والحريه وخطاب الشرع وانما لحق اياما كان النص في حق الصدقه فلا يتعداه ولهذا يوخذ من مولى التغلبي الجزيه
دون الصدقه المضاعفه وقوله قال ابو حنيفه ومحمد هذا على ثلثة اوجه اما ان ظهر انه كان محلا للصدقه او لم يظهر حاله عنده
اصلا او ظهر انه لم يكن محلا ففي الاولين يجوز بالاتفاق وفي الثالث جاز عند ابي حنيفه ومحمد ولا اعادة عليه وهل يطيب
المقبوض للقابض ذكر الحلواني انه لا روايه فيه واختلفوا فيه فعلى قول من لا يطيب ماذا يصنع بها قيل يتصدق به وقيل
يرد على المعطي على وجه التمليك ليعيد الاداء وقال ابو يوسف عليه الاعاده ولكن لا يسترد ما اداه لظهور خطاه بيقين وامكان
الوقوف على هذه الاشيا وصار كالاواني والثياب فان الاواني الطاهرة اذا اختلطت بالنجسه فان غلبت الطاهره مثل ان
يكون اثنان طاهران وواحد نجس فانه لا يجوز ان يترك التحري فاذا تحرى وتوضا ثم ظهر الخطا يعيد الوضو واما اذا
غلبت النجاسه او استويا يتيمم ولا يتحرى واما الثياب الطاهرة اذا اختلطت بالنجسه وليس به علامه يعرف بها فانه يتحرى مطلقا
فاذا صلى في ثوب منها بالتحري ثم ظهر خطاه اعاد الصلاة واما عدم استرداده فلان نفوذ جهة الزكاة لا ينقض الا داوله حديث

بنيه

معن بن يزيد وهو ما روي ان يزيد دفع صدقة الى رجل ليدفعها الى الفقير فدفعها الى ابنه معن فلما اصبح رآها معه فقال والله
ما اياك اردت فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وجوز
ذلك ولم يستفسر ان الصدقة كانت فريضة او تطوعا وذلك يدل على ان الحال لا يختلف اولان مطلق الصدقة ينصرف الى الفريضة
وقوله لان الوقوف على هذه الاشيا يعني يسلمنا ان الوقوف على هذه الاشيا ممكن لكنه بالاجتهاد دون القطع وما كان كذلك
يبنى الامر فيه على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة لو لم يقع عنده انه مصرف فصح الاداليا يلزم تكليف ما ليس في الوسع
وعن ابي حنيفة في غير الغني فيما اذا ظهر انه هاشمي او كافر وانه ابوه او ابنه لا يجزيه والظاهر هو الاول يعني الاجزاء في الكل وقوله
وهذا اي عدم الاعادة اذا تحرى حاصل هذه المسئلة على اربعة اوجه ان لا يدفع زكاة ماله رجلا بلا شك ولا تحر او شك فيامره
ان الاول يجزيه ما لم يتبين انه غني لان الفقر في القابض اصل وان شك فيه ولم يتحر او تحرى ولم يقع تحريه حتى يعلم انه فقير لانه
شك ووجب عليه التحري كما في الصلاة فاذا ترك بعد ما لزمه لم يقع المودي موقع الجواز الا اذا ظهر انه فقير لان الفقر هو المقصود
وقد حصل كالسعي الى الجمعة وان تحرى ووقع في اكثر رايه انه مصرف او ليس بمصرف فما كان الثاني لم يجزيه الا اذا ظهر انه
فقير فالاصح هو الصحيح وزعم بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة ومحمد لا يجوز كما لو اشتبهت عليه القبلة فتحرى الى جهة القبلة
ثم اعرض عن الجهة التي ادى اليها اجتهاده وصلى الى جهة اخرى ثم تبين انه اصاب القبلة اعادة الصلاة عند ابي حنيفة ومحمد والاصح
هو الفرق فان الصلاة لغير القبلة مع العلم لا يكون طاعة فاذا كان عنده انه فعل معصية لا يمكن اسقاط الواجب عنه واما التصدق
على الغني فصحيح وليس فيه من معنى المعصية شي ويمكن اسقاط الواجب عند اصابته محله فيفعله وكان العمل بالتحري لحصول
المقصود وقد حصل بغيره وان كان الاول فان ظهر انه فقير او لم يظهر من حاله شي جاز بالاتفاق وان ظهر انه غني فكذلك عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف اولا ثم قال يلزم الاعادة كما ذكرناه وهو قول الشافعي رحمه الله وقوله
وهو الركن اي التمليك هو الركن في الزكاة فأمره قوله ولا يجوز دفع الزكاة من يملك نصابا سواكان من النقود او السوايم
او العروض وهو فاضل عن حوايجه الاصلية كالدين في النقود والاحتياج في الاستعمال في امر المعاش في غيرها لا يجوز
دفع الزكاة اليه وعن هذا ذكره في المبسوط رجل له الف درهم وعليه دين الف درهم وله دار وخادم وفرس وسلاح
لغير التجارة فيها عشرة الاف درهم فلا زكاة عليه لان الدين مصروف الى المال الذي في يده لانه فاضل عن حاجته
معد للتقلب والتصرف فيه وكان الدين مصروفا اليه فما الداروالخادم والفرس والسلاح مشغول بحاجته فلا
يصرف الدين اليه وعلى هذا قال مشايخنا ان الفقيه اذا ملك من الكتب ما يساوي مالا عظيما وكنه يحتاج اليها يحل له اخذ
الصدقة الا ان يملك فضلا عن حاجته ما يساوي مايتي درهم وقوله وان النصاب شرط وجوب الزكاة ويجوز دفعها الى
من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز دفعها الى الفقير المكسوب لقوله صلى الله
عليه وسلم لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي ولنا انه فقير والفقراء المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف
عليها لكونها خفية والا دليل ظاهر وهو فقد النصاب فيقام مقامه كما في الاخبار عن المحبة فيما اذا قال ان كنت تحبيني
فانت طالق فقالت احبك وتاويل ما رواه حرمة الطلب الا ترى الى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان
يقسم الصدقات فقام اليه رجلان يسالانه فنظر اليهما وراهما جلدين فقال انه لاحق لكما فيه وان شيتما اعطيتكما معناه
لا حق لكما في السوال الا ترى انه جوز الاعطا اياهما وقوله ويكره ان يدفع الى واحد مايتي درهم فصاعدا قبل معناه
اذا لم يكن له عيال ولا دين عليه فاما اذا كان معيلا فلا باس بان يعطيه مقدار ما لو فرقه على عياله اصاب كل واحد منهم
دون المايتين لان التصدق في المعنى تصدق عليه وعلى عياله واذا كان عليه دين فلا باس بان يعطيه ما يتين او اكثر
مقدار ما اذا قضى دينه يبقى له دون المايتين ولذلك ذكر هذه المسئلة في المبسوط مقيده بهذين القيدين فقال ويكره ان يعطي عليه
رجلا من الزكاة مايتي درهم اذا لم يكن عليه دين او عيال وقال ابو يوسف لا باس باعطا مايتي درهم ويكره ان يعطيه فوق المايتين
وقال زفر لا يجوز ان يعطيه المايتين ووجه قول ابي يوسف ان جزا من المايتين مستحق بحاجته للحال والباقي دون المايتين
فلا يثبت به صفة الغنى الا ان يعطيه فوق المايتين وقال زفر لا يجوز ان يعطيه المايتين ووجه قول زفر ان الغنا قارن الادا
لان الادا علة الغنا والحكم يقارن العلة كما في الاستطاعة مع الفعل وهذا هو المختار عند علمائنا المحققين ذكره الامام المحقق
فخر الاسلام وغيره في اصول الفقه ولنا ما ذكره ان الغنا حكم الادا وحكم الشي يعقبه واعترضوا عليه بان حكم العلة الحقيقية
لا يجوز ان يتاخر عنها كما قال زفر فما وجه هذا الكلام فمنهم من قال معنى قوله الغنا حكم الادا ان الغنا حكمه حكم الادا وذلك لان
الادا علة الملك والملك علة الغنا مضافا الى الادا لكن بواسطة الملك وكان للعلة الاولى وهي الادا شبهة السبب والسبب
الحقيقي هو الذي يتقدم على الحكم حقيقة وما كان له شبهة السبب من العلل له شبهة التقدم وكان هذا من قبيل شرا القريب
للاعتاق فان الشرا علة الملك والملك علة العتق بحديث وكان العتق حكمه حكم الشري فكذلك جازت نية الكفارة عند الشري
لشبهة تقدم الشري على العتق بوجود الواسطة وليس في كلام المصنف ما يشعر به وقال فخر الاسلام الادا يلاقي الفقر او
انما يثبت الغنا بحكمه وحكم الشي لا يصلح مانعا لان المانع ما يسبقه لا ما يلحقه والجواز لا يحتمل البطلان لان البقا يستغنى عن
الفقر

الفقر وهذا يشير الى التاخر كما ترى والحكم لا يتاخر عن العلة الحقيقية واقول الحكم يتاخر عن العلة في العقل ويقارنها في الوجود
فبالنظر الى التاخر العقلي جاز وبالنظر الى التقارن الخارجي يكره ولعله المراد بقوله منه وقوله وان يغني به انسانا احب
الي هذا خطاب الى حنيفة لابي يوسف رحمهما الله تعالى وانما صار هذا احب لان فيه صيانة المسلم عن ذل السوال مع ادا الزكاة
ولهذا قالوا ان من اراد ان يتصدق بدرهم فاشترى به فلوسا ففرقها فقد قصر في امر الصدقة ومعنى الاغنا عن السوال في
يومه لان تمليكه نصابا لان الاغنا مطلقا مكروه كما تقدم وينبغي ان يكون مراده اذا لم يكن مديونا ومعيلا بنا على ما تقدم وقوله
ويكره نقل الزكاة من بلد الى بلد قال الامام ابو الحسن القدوري يكره نقل الزكاة من بلد الى اخر وهذا اذا استغل الى قرابته
او الى قوم هم احوج من اهل بلده اما اذا انتقل اليهم فانه يجوز بلا كراهة اما الجواز في الصورة الاولى فلان المصرف مطلق
الفقرا بالنص واما الكراهة فلحديث معاذ ولان في النقل ترك رعاية حق الجوار واما عدم الكراهة فيما اذا نقل الى قرابته
فلما فيه من اجر الصدقة واجر الصلة واما الى قوم هم احوج من اهل بلدهم فلان المقصود سد خلة الفقير فمن كان احوج كان اولى
وقد صح عن معاذ انه كان يقول ايتوني بخميس او لبيس اخذه منكم في الصدقة فانه ايسر عليكم وانفع للمهاجرين بالمدينة والخميس الثوب
الصغير طوله خمسة اذرع واللبيس الخلق وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين صدقة الفطر فانه اعتبر ههنا مكان المال وفي
صدقة الفطر من يجب عليه في ظاهر الرواية واجيب بان وجوب الصدقة على المولى في ذمته عن راسه فحيث كان راسه وجبت
عليه وراس مماليكه في حقه كراسه في وجوب المونة التي هي سبب الصدقة فيجب حيث ما كانت رووسهم واما الزكاة فانها
تجب في المال ولهذا اذا هلك سقطت فاعتبر مكانه

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر لها مناسبة بالزكاة
والصوم اما بالزكاة فلانها من الوظايف المالية مع انحطاط درجتها عن الزكاة واما بالصوم فباعتبار الترتيب الوجودي
فان شرطها الفطر وهو بعد الصوم قال صاحب النهاية وانما رجح هذا الترتيب لان المقصود من الكلام هو المضاف
لا المضاف اليه خصوصا اذا كان مضافا الى الشرط والصدقة عطية يراد بها المثوبة من الله تعالى سميت بها لانها تظهر صدق
في تلك المثوبة كالصداق يظهر به رغبة الرجل في المراة قال صدقة الفطر واجبة الوجوب ههنا على معناه الاصطلاحي وهو
ما ثبت بدليل فيه شبهة على ما ذكر في الكتاب وقوله فاضلا عن مسكنه قال في النهاية حتى لو كان له داران يسكنها والاخرى لا يسكنها
ويواجرها او لا يواجرها يعتبر قيمتها في الغنى حتى لو كانت قيمتها مايتي درهم وجب عليه صدقة الفطر وقوله وعبيده يعني التي للخدمة
فان التي تكون للتجارة فيها الزكاة وقوله صغيرا او كبيرا صفتان لعبيد ولا يجوز ان يكونا صفتين لحر وعبد لانه لا تجب صدقة
الفطر عن ولده الكبير وفي الحديث بيان لوجوبها وسبب وجوبها وشرطها ومقدار الواجب وبيان من تجب عليه ومن تجب عنه
وقوله رواه ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العذري قال الامام حميد الدين الضرير رحمه الله العذري يعني بالعين
والذال المعجمة اصح منسوب الى بني عذرة اسم قبيلة والعدوي منسوب الى عدي وهو جده واهل الحديث يسمونه كنيته ابو
صعير العذري وقوله لا صدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب وهو اي الحديث
حجة على الشافعي في ايجابه على من يملك الزيادة على قوت يومه لنفسه وعياله فان استدل لما ذكر في الحديث بن عمر رضي
الله عنهما غنيا او فقيرا لانه محمول اما على ما كان في الابتداء ثم انتسخ بقوله عليه السلام انما الصدقة ما كان عن ظهر غنى واما
على الندب لانه قال في اخره اما غنيكم فيزكيه الله واما فقيركم فيعطيه الله احسن مما اعطى قوله وقدر اليسار بالنصاب
ظاهر وقوله ولا يشترط النمو يعني لا يشترط ان يكون النصاب باليا لانها وجبت بالقدرة الممكنة والنمو انما يشترط فيما يكون
وجوبه بالقدرة الميسرة كالزكاة على ما عرف في الاصول وقوله ويتعلق بهذا النصاب يشير الى وجوه سبب قيل وهي ثلثة يجب
يشترط فيه النما يتعلق به الزكاة وساير الاحكام المتعلقة بالمال وقد تقدم بيانه ونصاب يجب فيه احكام اربعة حرمة
الصدقة ووجوب الاضحية وصدقة الفطر ونفقة الاقارب ولا يشترط فيه النمو لا بالتجارة ولا بالحول ونصاب يثبت به حرمة
السوال وهو ما كان عنده قوت يومه عند بعض وقال بعضهم ان يملك خمسين درهما وقوله يخرج ذلك اي المقدار المذكور
عن نفسه لحديث بن عمر رضي الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الذكر والانثى والحر والمملوك
صاعا من تمر او صاعا من شعير فعدل الناس به نصف صاع من بر قوله لان السبب راس يمونه ويلي عليه لانه يضاف
اليه يقال زكاة الراس والاضافة امارة السببية لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوه اضافة المسبب الى سببه لحدوثه به
فان قيل لو كانت الاضافة امارة لسببية لكان الفطر سببا لاضافتها اليه يقال صدقة الفطر وليس كذلك عندكم اجيب بقوله
والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته وكانت اضافة مجازية ولهذا انتعدد الصدقة بتعدد الراس مع اتحاد اليوم فعلم ان
الراس هو السبب دون الوقت فان قيل قد تتكرر بتكرر الوقت في السنة الثانية والثالثة وحكم جاز مع اتحاد اليوم فعلم
الراس ولو كان الراس هو السبب لما كان الوجوب متكررا مع اتحاده اجيب بان الراس انما جعل سببا بوصف المونة ويتكرر
بمضي الزمان فصار الراس باعتبار تكرر وصفه كالمتكرر بنفسه حكما وكان السبب هو المتكرر حكما قوله والاصل في الوجوب
راس قوله ومماليكه يا لحر تتناول العبيد والمدبرين وامهات الاولاد دون المكاتب على ما نذكره قوله
فان كان لهم مال يودي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد وهو قول زفر رحمهما الله

عليه ص

في الغريب ص

وهو القياس لا يؤدي الا من مال نفسه ولو ادى من مال الصغير ضمن لانها زكاة في الشريعة كزكاة المال فلا تجب على الصغير ولانها
عبادة والصغير ليس باهل للوجوب ووجه الاستحسان ان الشرع اجراها مجرى المؤنة حيث اوجب على الانسان عن غيره فاشبه
النفقة ونفقة الصغير في ماله اذا كان له مال وكذا يؤدي عن الصغير من ماله فكذلك عن مماليك الصغير والمجنون في ذلك بمنزلة
الصغير قوله ولا يؤدي عن زوجته قال الشافعي رحمه الله يجب على الرجل ان يؤدي صدقة الفطر عن زوجته لقوله صلى الله عليه
وسلم ادوا عمن تمونون وهو يمون زوجته ولنا ما ذكر في الكتاب ووجهه انه صلى الله عليه وسلم ذكر المؤنة مطلقة والمطلق
ينصرف الى الكامل وليس عليه مؤنتها كاملة لانه لا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولذلك لا بد من الولاية وليس له عليها الولاية
الا في حقوق النكاح ولا يؤدي عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله بان يكونوا فقراء زمنى لانه لا يستحق عليهم ولاية فصاروا
كالاجانب قوله ولو ادى عنهم ظاهر وهو استحسان والقياس ان لا يجزئ اذ لا اداء الزكاة بغير اذنهم ووجه الاستحسان
ان الصدقة فيها معنى المؤنة فيجوز ان يسقط باداء الغير وان لم يوجد الاذن صريحا ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولانه
يمونه ولا المكاتب عن نفسه لفقره لانه مملوك مالا ومن كان كذلك ليس من اهل ملك المال وقد قررناه في التقرير على وجه لم يسبق
فليطلب ثمة وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة لانها لا تنعدم بالتدبير والاستيلاد وانما يخل المالية ولا بغيره لا على
لانه يؤدي عن نفسه واولاده الصغار ولا مالية فيهم ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فان عنده وجوبها
على العبد ووجوب الزكاة على المولى فهما حقان ثابتان في محلين مختلفين فلا منافاة بينهما في اجتماعهما وعندنا وجوبها
على المولى بسبب العبد كالزكاة فلو اوجبناها عليه ادى الى الثنى وهو لا يجوز لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا ثنى في الصدقة
والثنى بكسر مقصور اي لا يؤخذ في السنة مرتين فان قيل سبب الزكاة فيهم المالية وسبب الصدقة مؤنة رؤوسهم ومحل
الزكاة بعض النصاب ومحل الصدقة الذمة فاذا هما حقان مختلفان سببا ومحلا فلا يؤدي الى الثنى لان الثنى عبارة عن
تثنية شيء واحد وهاهنا شيئان وكانا كنفقة عبيد التجارة مع الزكاة اجيب بان الشرع بنى هذه الصدقة على المؤنة فقال
ادوا عمن تمونون وهذا العبد معد للتجارة لا للمؤنة والنفقة التي يلزمها فيهم لطلب الزيادة منهم فيكون ساقط العبرة
بحكم القصد الا ترى ان المضارب يملك هذا الانفاق وهو غير ماذون الا بالتجارة واذا سقطت المؤنة حكما في مال التجارة
اشبه السقوط حقيقة ولو سقطت حقيقة بالاباق او الغصب او الكتابة سقطت الصدقة لعدم المؤنة فكذا هذا فعلم
بهذا ان سقوط الفطر هاهنا لفوات سبب الوجوب وهو المؤنة لا لتنافي بين الواجبين قوله والعبد بين الشريكين لا فطرة
على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد وقد تقدم ان الولاية والمؤنة الكاملتين بسبب ولم يوجد قوله
وكذا العبيد بين اثنين يعني لا تجب الصدقة عند ابي حنيفة وقالا على كل واحد ما يخصه من الرؤوس دون الاشقاص اي الكسور
حتى لو كان بينهما خمسة اعبد تجب على كل واحد منهما صدقة الفطر عن العبدين ولا تجب عن الخامس ابو حنيفة مر على اصله فانه لا يرى
قسمة الرقيق جبرا فلا يملك كل واحد منهما ما يسمى عبدا ومحمد كذلك فانه يرى قسمة الرقيق جبرا وباعتبار القسمة ملك كل واحد منهما
في البعض متكاملا والحاق ابي يوسف بمحمد هاهنا مخالف لما ذكره في المبسوط حيث قال فان كان بينهما عبيد لخدمة فعلى قول ابي حنيفة لا تجب
على واحد منهما صدقة الفطر عنهم وعند محمد تجب على كل واحد منهما الصدقة في حصته اذا كانت كاملة في نفسها ومذهب ابي يوسف
مضطرب والاصح ان قوله كقول ابي حنيفة وعذره ان القسمة تبتنى على الملك فاما وجوب الصدقة فتبتنى على الولاية والمؤنة
لا على الملك حتى تجب الصدقة فيما لا ملك له فيه كالولد الصغير وليس لواحد منهما ولاية كاملة على شيء من هذه الرؤوس كما تقدم ووجه قوله
اذا كان تقول محمد هو ما ذكره في الكتاب وسماه رباعيا وقيل سماه بالاجماع اي عدم وجوب الفطرة في العبيد بين اثنين بالاجماع على الحساب
الثلاثة بانه لا يجتمع نصيب كل واحد من الشريكين قبل القسمة فلا يتم الرقبة لكل واحد من الشريكين قوله ويؤدي المسلم الفطرة
عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا من حديث ثعلبة في اول الباب وهو قوله عليه السلام ادوا عن كل حر وعبد ولقوله صلى الله عليه وسلم
في حديث ابن عباس رضي الله عنهما ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي ولان السبب قد تحقق وهو رأس يمونه بولاية عليه
والمولى من اهله اي من اهل الوجوب لا يقال اضمار قبل الذكر لان الشهرة قامت مقام الذكر وفيه خلاف الشافعي لان الوجوب عنده
على العبد وهو ليس من اهله وهو يستدل لاثبات هذا الاصل بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر على
كل حر وعبد فان كلمة على للايجاب ولنا قوله عليه السلام ادوا عمن تمونون فان الوجوب على من خوطب بالاداء وهو المولى وكلمة على في
حديث ابن عمر ايضا بمعنى عن كما في قوله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون اي عن الناس ولو كان على العكس فلا وجوب على الكافر بالاتفاق
اما عندنا فظاهر لان المولى ليس باهل للوجوب عليه ولا للاداء واما عنده فلان تحمل المولى عن مملوكه يستدعي اهلية اداء العبادة والكافر
ليس باهل له والوجوب عنده باعتبار تحمل المولى الاداء عنه في ذلك العام ذكره في حق المملوك لم يجب اصلا ومن باع عبدا واحدهما بالخيار
ففطرته على من يصير له حتى اذا تم البيع فعلى المشتري وان انتقض فعلى البائع وقوله معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق قال الامام
حميد الدين الضرير رحمه الله في شرحه هذا من قبيل اطلاق اسم الكل وارادة البعض لان مضي كل يوم الفطر ليس بشرط وقال زفر
على من له الخيار لان سبب الصدقة الولاية الكاملة والولاية والولاية لمن له الخيار لانه ان اجازه تم وان لم يجز انفسخ وقال الشافعي
من له الملك وهو المشتري فان مذهبه ان خيار الشرط لا يمنع ثبوت الملك للمشتري كخيار العيب كذا في النهاية لانه اي لان الصدقة

الفطر

الفطر بمعنى التصدق من وظائف الملك وما هو كذلك فانه على المالك كالنفقة فانها في مدة الخيار على المالك ولنا ان الملك موقوف يعني
سلمنا انها وظيفة الملك لكن الملك موقوف لانه لو رد لعاد الى قديم ملك البائع ولو اجيز ثبت الملك للمشتري من وقت العقد وكل ما
موقوفا فما يبتنى عليه كذلك لان التردد في الاصل يستلزم التردد في الفرع بخلاف النفقة فانها وان كانت تبتنى على الملك
لكنها تثبت لحاجة الناجزة الى الواقعة في الحال فلا تقبل التوقف وهذا الجواب بطريق التنزل لا يجب الا في الواقع فانها لو كانت
وظيفة الملك لما وجبت عليه عن نفسه واولاده الصغار وزكاة التجارة على هذا الخلاف معناه اذا كان للرجل عبد للتجارة فباعه
بعروض التجارة على انه بالخيار فحال الحول والخيار باق فزكاته على من يصير له الملك او على من له الخيار او على من له الملك لان العروض
بدل العبد وحولان الحول على البدل كحولانه على المبدل كذا نقل عن حميد الدين رحمه الله وقيل صورته لاحدهما عشرون دينارا
ولا خر عرض يساويه في القيمة ومبدا حولهما على التوافق فقبل الحول باع صاحب العرض عرضه من الاخر بشرط الخيار له او للمشتري
فازداد قيمة العرض في مدة الخيار قبل تمام الحول ثم تم الحول فان تقرر الملك للبائع يجب عليه بحصة الزيادة شيء وان تقرر للمشتري
يجب عليه ذلك ايضا عندنا

فصل في مقدار الواجب ووقته

لما ذكر وجوب صدقة الفطر وشروطه ومن
يجب عليه ومن يجب عنه شرع في بيان ما يؤدي به صدقة الفطر وقدره وكلامه واضح وقوله لحديث ابي سعيد الخدري روي عن
مروان بن الحكم انه كتب الى ابي سعيد الخدري يسأله عن صدقة الفطر فقال كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
صاعا من الطعام او صاعا من التمر او صاعا من شعير ولنا ما روينا يعني في اول الباب من حديث ثعلبة بن صعير وهو مذهب
جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم قال ابو الحسن الكرخي رحمه الله لم ينقل عن احد منهم انه لم يجوز اداء
نصف صاع من بر وما رواه محمول على الزيادة تطوعا قوله ولهما في الزبيب والتمر يتقاربان في المقصود وهو التفكه والاستحلا
فانه يشبه التمر من حيث انه حلو مأكول والعجم كالتمر نواه قوله ومراده اي مراد محمد او صاحب القدوري من قوله او دقيق او
سويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير فكعينه والاولى ان يراعى فيهما اي في الدقيق والسويق القدر والقيمة احتياطا حتى ان
كانا منصوصا عليهما تتادى باعتبار القدر وان لم يكونا فباعتبار القيمة وتفسيره ان يؤدي نصف صاع من دقيق البر يبلغ
قيمته قيمة نصف صاع من بر واما لو ادى منا ونصف من من دقيق البر ولكن يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر او نصف
صاع من دقيق البر ولكن لا يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من دقيق البر لا يكون عاملا بالاحتياط قوله وانما نص على
الدقيق في بعض الاخبار يريد به ما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ادوا قبل خروجكم زكاة
فطركم فان على كل مسلم مدين من قمح او دقيقه وقوله ولم يبين ذلك في الكتاب اي مراعاة الاحتياط فيهما بالقدر والقيمة لم يبين
محمد في الجامع الصغير اعتبارا للغالب فان الغالب ان قيمة نصف صاع من الدقيق تساوي نصف صاع من بر او تزيد وان كان
يتوهم ان لا يكون كذلك في بعض الاوقات وهو وقت البذر فلذلك امر بالاحتياط حتى ان وقع ذلك يزيد من الدقيق الى ان يبلغ
قيمته قيمة نصف صاع من البر والخبز تعتبر فيه القيمة هو الصحيح خلافا لبعض المتاخرين فانهم قالوا يجوز باعتبار العين فانه
اذا ادى منوين من خبز الحنطة جاز لانه لما جاز الدقيق والسويق باعتبار العين فمن الخبز اولى لانه انفع للفقير والصحيح هو
الاول لانه لم يرد في الخبز نص فكان بمنزلة الذرة والاصل ان ما هو منصوص عليه لا يعتبر فيه القيمة حتى لو ادى نصف صاع
من تمر يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر او اكثر لم يجز لان في اعتبار القيمة ابطال التقدير المنصوص عليه في المؤدى وهو لا يجوز
فاما ما ليس بمنصوص عليه فانه يلحق بالمنصوص باعتبار القيمة اذ ليس فيه ابطال ذلك ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا
فيما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنهما لان العلماء لما اختلفوا في مقدار الصاع انه ثمانية ارطال او خمسة ارطال
وثلث رطل فقد اتفقوا على التقدير بما يعدل بالوزن وذلك دليل على اعتبار الوزن فيه وروى ابن رستم عن محمد كيلا فقال قلت
له لو وزن الرجل منوين من الحنطة واعطاها الفقير هل لا يجوز من صدقته فقال لا فقد تكون الحنطة ثقيلة في الوزن وقد تكون
خفيفة فانما يعتبر نصف الصاع كيلا لان الاثار جاءت في التقدير بالصاع وهو اسم للمكيال وقوله والزبيب اولى من البر وغيره
قال والصاع عند ابي حنيفة ومحمد ثمانية ارطال بالعراقي به اختلف العلماء في الصاع فقال ابو حنيفة ومحمد رضي الله
عنهما هو ما يسع فيه ثمانية ارطال بالرطل العراقي كل رطل عشرون استارا والاستار ستة دراهم وقال ابو يوسف خمسة ارطال
وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم صاعنا اصغر الصيعان وهذا اصغر بالنسبة الى ثمانية ارطال ولنا
ما روى انس وجابر رضي الله عنهما انه عليه السلام كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع
عمر رضي الله عنه وكان قد فقد فاخرجه الحجاج وكان يمن على اهل العراق يقول في خطبته يا اهل العراق يا اهل الشقاق والنفاق
ومساوئ الاخلاق الم اخرج صاع عمر ولذلك سمي حجاجيا وهو صاع العراق وقوله وهو اصغر الصيعان جواب عن ابي يوسف
يعني ان صح ما رويتم فهو ليس بحجة لانه اصغر من الهاشمي لان الصاع الهاشمي اثنان وثلاثون رطلا وكانوا يستعملون
الهاشمي والنبي عليه السلام استعمل العراقي وقال صاعنا اصغر الصيعان قوله ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع
الفجر من يوم الفطر يعني تعلق وجوب الاداء بالشرط فهو من تعلق المشروط بالشرط لا من تعلق الحكم بالسبب حتى اذا
قال لعبده اذا جاء يوم الفطر فانت حر فجاء يوم الفطر عتق العبد ووجب على المولى صدقة فطره قبل العتق بلا فصل لانا

يعتبر الشرط في الوجوب وقال الشافعي بغروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر يجب عليه
الفطرة عندنا وعنده لا تجب وقوله وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده اي عندنا لا تجب لعدم تحقق شرط وجوب الادا
وهو طلوع الفجر من يوم الفطر وعنده يجب لتحقق شرط وجوبه وهو غروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان وهو حي له انه
اي وجوب الفطرة يختص بالفطر روي ان ابن عمر رضي الله عنه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان
وهذا وقته اي وقت الفطر ولنا ان الصدقة اضيفت الى الفطر والاضافة للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون الليل
اذ المراد فطر ينافي الصوم وهو في اليوم لان الصوم فيه حرام الا ترى ان الفطر كان يوجد في كل ليلة من رمضان ولا يتعلق
الوجوب به فدل على ان المراد به فطر ينافي الصوم وقوله ويستحب ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الحسن بن زياد
يقول لا يجوز تعجيلها اصلا كالاضحية وقال خلف بن ايوب يجوز تعجيلها بعد دخول شهر رمضان لا قبله فانها صدقة الفطر ولا فطر
قبل الشروع في الصوم وقال نوح بن ابي مريم يجوز تعجيلها في النصف الاخير من رمضان لانه يعطي النصف قرب الفطر الكامل
فاخذ حكمه ومنهم من قال في العشر الاخير من رمضان ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب بقوله لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه
التعجيل في الزكاة وعن هذا قال في الخلاصة لو ادى عن عشر سنين او اكثر جاز وقوله وان اخروها عن يوم الفطر لم يسقط يعني
وان طالت المدة وكان عليهم اخراجها وقال الحسن يسقط بمضي يوم الفطر لانها قربة اختصت بيوم العيد فكانت كالاضحية تسقط
بمضي ايام النحر ولنا ما ذكره ان وجه القربة فيها معقول لانها صدقة مالية وقربة مشروعة في كل الوقت لدفع حاجة الفقير
او لاغنا عن المسألة فلا يتقدر وقت الادا فيها بل يجوز ان يتعدى الى غيره فلا يسقط بعد الوجوب الا بالادا كالزكاة
بخلاف الاضحية فان القربة هاهنا اراقة الدم وهي لم تعقل قربة ولهذا لم تكن قربة في غير هذه الايام فيقتصر على مورد النص

كتاب الصوم

ذكر محمد رحمه الله في الجامع الكبير كتاب الصوم عقيب كتاب الصلاة لان كلا منهما عبادة بدنية
بخلاف الزكاة واورده عن الزكاة هاهنا لانه كالوسيلة الى الصلاة باعتبار ارتياض النفس ولكن لا على وجه يتوقف امر
الصلاة عليه وجودا وهو لذا كانت الطهارة كذلك فانحطت عنها لدنية الوسيلة عن المقصود وقيل قدم الزكاة
على الصوم لان الله تعالى قرن ذكر الصلاة بالزكاة في قوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا الزكاة فكان الاقتدا بالكتاب اولى
كان اسهل ماخذا ويحتاج هاهنا الى معرفة تفسير الصوم لغة وشريعة ومعرفة سببه وشرطه وركنه وحكمه وفي كلامه اشارة الى
اكثرها والفطن يكتفي بذلك قال الصوم ضربان واجب ونفل ذكر التقسيم قبل التعريف ليسهل امر التعريف كذا في النهاية
ومعناه ان حقيقة الصوم شرعا تنقسم الى فرض وواجب ونفل وتعريفها على وجه يشملها يتيسر فاذا ذكر اقسامه
سهل امر التعريف وكلامه واضح غير انه اطلق الواجب في لفظ المختصر واريد به الفرض والواجب وفي ذلك الجمع ...
على مذهبنا ويمكن ان يقال اراد بالواجب الثابت علينا فيندفع ... المحذور وقوله ولهذا يكفر جاحده بضم الياء وفتح
الكاف بلا تشديد ومعناه يحكم بكفر جاحده ومنه لا تكفروا اهل قبلتكم اي لا تدعوهم كفارا وقوله والمنذور واجب لقوله تعالى
وليوفوا نذورهم بنا على ان الامر للوجوب وكان الواجب [ان يكون فرضا لكونه ثابتا بالكتاب كصوم رمضان واجيب
بانه قد خص من الاية بالاتفاق المنذور الذي ليس من جنسه واجب شرعا كعيادة المريض او ما ليس بمقصود في العبادة كالنذر
بالوضوء لكل صلاة والنذر بالمعصية فلما خص هذه المواضع بقي الباقي حجة مجوزة لا موجبة قطعا كالاية المؤولة وخبر الواحد
وفيه نظر لان من شرط التخصيص المقارنة والمخصص غير معلوم فضلا عن معرفة كونه مقارنا اولا ولان قوله تعالى فمن شهد
منكم الشهر فليصمه خص منه المجانين والصبيان واصحاب الاعذار ولم ينتف عنه اثبات الفرضية واقول في الجواب
عن الاول ان الامر لتفريغ الذمة عما وجب عليه بالسبب فان كان السبب من الشارع كشهود الشهر في رمضان يكون الثابت
به فرضا وان كان من العبد يكون واجبا كما في المنذور فرقا بين ايجاب العبد ورتبة ثم الامر الوارد من الشارع يكون
لاداء ذلك وح لا يلزم ان يكون ليوفوا مفيدا للفرضية كما افادها فليصمه لاختلاف السبب الموجب وهذا يغني عن الجواب عن
الثاني وقد قيل في الجواب عنه ان العقل دل على عدم دخول المجانين والصبيان واصحاب الاعذار فلا يكونون
داخلين فلا يكون ثمه تخصيص وسبب الاول يعني الفرض الشهر لانه يضاف اليه والاضافة دليل السببية لما تقدم وتكرر
بتكرره فانه كلما دخل رمضان وجب صومه وذلك ايضا دليل السببية وكل يوم سبب وجوب صوم ذلك اليوم لان صوم
رمضان بمنزلة عبادات متفرقة لانه يتخلل بين يومين زمان لا يصلح للصوم لا قضا ولا ادا وهو الليالي فصار كالصلوات
وهذا اختيار صاحب الاسرار وفخر الاسلام وقال شمس الائمة السرخسي الليالي والايام في السببية سواء وقد عرف
ذلك في الاصول وقوله وسبب الثاني ان المنذور المعين هو النذر وقوله والنية من شرطه اي من شرط الصوم
بانواعه وسنبينه اي سيبين شرط الصوم وتفسيره اي تفسير ذلك الشرط واراد ببيانه النية ما ذكره بعد هذا عند قوله
ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتأخرة المقترنة باكثره واراد ... بتفسيره ما ذكره بقوله والنية
لتعيينه لله تعالى لان النية عبارة عن تعيين بعض المحتملات فكان ما ذكره تفسير النية كذا في بعض الشروح وقوله بعض قوله
من الكلام فيه اي في المسألة الخلافية وهي ان النية قبل الزوال تجزيه عندنا خلافا للشافعي في قوله صلى الله عليه وسلم لا صيام لمن
لم

لم ينو الصيام من الليل والصيام مصدر كالقيام وقوله ولانه لما فسد الجزء الاول لخ وقوله لانه مجرد عنده ذكر في الوجيز الغزالي
يجوز نية التطوع قبل الزوال وبعده قولان وهذا اشتراط خلو اول اليوم عن الاكل وروي ان ابن سريج من اصحابه لم يشترط ذلك ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم بعدما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وهذا لا يقبل التاويل وما
رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل يعني ان معنى قوله لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل
لا صيام لمن لم ينو ان صيامه من الليل بل نوى ان صيامه من وقت النية قيل الصلاة اذا تعقبت فعلا ومعقولا وامكن تعلقها
بكل واحد منهما فانها تتعلق بالفعل دون المعقول كما يقال اتيت فلانا من بغداد فان كلمة من تعلقت بالاتيان لا بالمعقول كذلك
هاهنا واجيب بانه كذلك لكنه محتمل ما ذكرنا فيحمل عليه عملا بالنصوص قيل قوله فليصم يحتمل الصوم اللغوي فيحمل عليه عملا بالنصوص
واجيب بانه لا يحتمل ذلك هاهنا لانه لو كان كذلك فكان الاكل وعدمه سوا فلا فايدة في قوله ومن لم ياكل فليصم وقوله ولانه
دليل معقول ويجوز تقريره على هذا الوجه سلمنا ان ما رواه ليس بمحمول على شي مما ذكرنا فيكون معارضا لما رويناه فيصار الى
ما بعده من الحجة وهو القياس وهو معنى لانه يوم صوم لان الصوم فيه فرض وكلما هو يوم صوم يتوقف الامساك في اوله على
النية المتأخرة المقترنة باكثره كالنفل وهذا ان توقف الامساك على ما ذكرنا لان للصوم ركن واحد ممتد يحتمل العادة والعبادة
وكلما هو كذلك يحتاج الى ما يعينه للعبادة وهو النية فانها شرطت لتعينه لله تعالى فان جعلت في اوله فلا كلام وان جعلت في اكثره
جعلت كانها وجدت من اوله لان بالكثرة يترجح جانب الوجود على العدم فان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من المواضع لذلك
واذا كان كذلك لم يكن اقتران النية بحال الشروع شرطا بخلاف الصلاة والحج حيث يشترط اقتران النية بحال الشروع فيهما
ولا يجعل الاكثر كالكل لان لهما اركانا مختلفة كالركوع والسجود والوقوف والطواف فيشترط قرانها بالعقد على ادائها
ليلا يخلو البعض الاركان عن النية قوله وبخلاف القضا جواب عما يقال لو كان الصوم ركنا واحدا ممتدا والنية المتأخرة
فيه جائزة لذلك لم يكن في القضا اشتراط النية من الليل ووجهه انما كان كذلك لانه اي الامساك توقف على صوم ذلك اليوم
وهو النفل والمعني بصوم اليوم ما تعلقت شرعيته بمجي اليوم لا بسبب اخر من نحو القضا والكفارة فيكون الصوم قد وقع
عنه فلا يمكن جعله من القضا الا قبل ان يقع منه وذلك انما يكون بنيته من الليل وقوله وبخلاف ما قبل الزوال جواب عما
يقال اذا كان ركنا واحدا ممتدا ينبغي ان يكون اقترانها بالقليل والكثير سوا ووجهه ان الاصل ان يكون النية مقارنة بحال
الشروع ولكن تركنا ذلك اذا قارنت الاكثر لقيامه مقام الكل ولم يوجد فيما بعد الزوال فترجحت جهة الفوات وقوله ثم
قال في المختصر اي مختصر القدوري اذا لم ينو حتى اصبح اجزاته النية ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف
النهار وهو الاصح ووجهه ما ذكره في الكتاب وقوله ولا فرق بين المسافر والمقيم يعني في جواز النية قبل نصف النهار خلافا
لزفر فانه يقول امساك المسافر في اول النهار لم يكن مستحقا لصوم الفرض فلا يتوقف على وجود النية بخلاف امساك المقيم
ولنا ان المعنى الذي جوز في حق المقيم اقامة النية في اكثر وقت الادا مقامها في جميع الوقت لم يفصل بين المسافر والمقيم قال
وهذا الضرب من الصوم لنا اراد بهذا الضرب ما يتعلق بزمان بعينه على ما ذكر في اول الكتاب وقوله يتادى بمطلق النية
اي بان يقول نويت الصوم وبنية النفل ظاهر وبنية واجب اخر بان ينوي عن كفارة او غيرها قيل وهذا في صوم رمضان
مستقيم واما في النذر المعين فلانه يقع عما نوى من الواجب اذا كانت النية من الليل ذكره في اصول شمس الائمة وغيره
وح قول المصنف هذا الضرب لا يبقى على اطلاقه واجاب شيخي العلامة عبد العزيز بانه يمكن ان يقال يوجه كلام المصنف
بان يتادى المجموع بالمجموع والبعض بالبعض والبعض بالمجموع لان كل فرد يتادى بالمجموع فيظهر لكلامه وجه صحة وقال الشافعي
في نية النفل عابث اي لا يكون صايما لا فرضا ولا نفلا وفي مطلقها له قولان في قول يقع عن فرض الوقت وفي قول لا يقع عنه
وقوله لان بنية النفل دليل على النفل اي انه بنية النفل معرض عن الفرض لما بينهما من المغايرة فصار كما عرضه بترك النية فلا
يكون له الفرض ومن هذا يظهر وجه احد قوليه في مطلق النية لانه لم يعرض بهذه النية فيحتج وجه القول الاخر صفة الفرضية
قربة كاصل الصوم فكما لا يتادى اصل الصوم الا بالنية فكذلك الصفة واذا انعدمت الصفة ينعدم الصوم
ضرورة ولنا ان الفرض متعين فيه لقوله عليه السلام اذا انسلخ شعبان فلا صوم الا رمضان وكل ما هو متعين في مكان يصاب
باصل النية كالمتوحد بالدار يصاب باسم جنسه بان يقال يا حيوان كما يقال باسم نوعه بان يقال يا انسان وباسم علمه بان يقال يا زيد
لا يقال المتوحد في المكان انما يقال باسم جنسه اذا كان موجودا وفيما نحن فيه انما يوجد بتحصيله وفيما نحن فيه فكيف ينال باسم جنسه
لانا نقول ممنوعا لم يمنع ان ينال لا باسم جنسه نوعه بان يتادى الصوم المشروع في الوقت لا يمنع ان ينال باسم جنسه دفعا
للحكم فان قيل ما ذكرتم يقتضي الاصابة بمطلق النية دون نية النفل او واجب اخر لان المتوحد ينال باسم جنسه لا باسم غيره فان
زيدا لا ينال باسم عمرو واجاب بقوله فاذا نوى النفل او واجبا فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة لان
الوقت لا يقبلها فبقي له اصل الصوم اذ ليس من ضرورة بطلان الاصل اذ لم يكن فضلا منوعا بطلان الاصل واصل الصوم جنسه
وذلك كاف وموضعه اصول الفقه وقد قررناه في الانوار والتقرير ولا فرق بين المسافر والصحيح والمقيم السقيم عند ابي يوسف
ومحمد رحمهم الله لان الرخصة ليلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة رضي الله عنه اذا

صام المريض والمسافر بنية واجب اخر تقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال اذ القضاء لازم للحال فهو مواخذ به و تخيره
في صوم رمضان لانه لا يلزمه ما لم يدرك عدة من ايام اخر حتى اذا مات قبل الادراك ليس عليه شي وهذا الذي اختاره المص من
التسوية بين المسافر والمريض تخالف لما ذكره العلامة في التحقيق فخر الاسلام وشمس الايمة فانهما قالا اذا نوى المريض عن
واجب اخر فالصحيح انه يقع صومه عن رمضان لان اباحة الفطر له عند العجز عن اداء الصوم واما عند القدرة فهو والصحيح
والمقيم سواء بخلاف المسافر فان الرخصة في حقه تتعلق بعجز مقدر قام السفر مقامه وهو موجود وقال صاحب الايضاح
وكان بعض اصحابنا يفصل بين المسافر والمريض وانه ليس بصحيح والصحيح انهما سيان وهو قول الكرخي اختاره المصنف
وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة في نية التطوع من المسافر روايتان في رواية ابن سماعة يقع عن الفرض لما ذكر في الكتاب انه صرف
الوقت الى الاهم وهو اسقاط واجب عليه وان قصد الصحة تحصيل الثواب وهو في الفرض اكثر وفي رواية الحسن يقع عما نوى
من النفل لان رمضان في حقه كشعبان في حق المقيم و بنيته في شعبان يقع عما نوى نفلا كان او واجبا فكذلك هذا او ما
المريض اذا نوى عن النفل فان صومه يقع عن الفرض وهو الظاهر وقال الناطفي قياس قول التسوية بين المريض والمسافر
على رواية نوادر ابي يوسف يوجب ان يكون جائزا عن التطوع قال ___ والضرب الثاني ما ثبت بالذمة المراد من الثبوت في الذمة كونه المريض ظ
مستحقا فيها من غير اتصال له بالوقت قبل العزم على صرف ماله الى ما عليه كقضاء رمضان وصوم كفارة اليمين والقتل والظهار
وجزاء الصيد والحلق والمتعة وكفارة رمضان وكذلك النذر المطلق فاذا كان كذلك لا يجوز الا بنية من الليل لكونه غير متعلق
فلا بد من التعيين من الابتداء وقوله والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال اي قبل انتصاف النهار سواء كان مسافرا او مقيما خلافا
لمالك فانه يتمسك باطلاق ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولكن قوله عليه السلام بعد ما كان
يصبح غير صائم اني اذا لصائم عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدخل على نسائه ويقول هل عندكن
من غداء فان قلن لا قال اني اذا لصائم وقوله ولان المشروع ظ وقوله ولان الاشارة الى قوله ولانه يوم صوم فيتوقف
الامساك في اوله على النية المتاخرة المقترنة باكثره كالنفل وقوله ولو نوى بعد الزوال ظاهر مما تقدم وينبغي للناس ان يلتمسوا
الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان لان الشهر قد يكون تسعا وعشرين يوما قال عليه السلام الشهر هكذا
وهكذا وهكذا واشار باصابعه وخنس الابهام في الثالثة صاموا وكلامه واضح وقوله لا تصومون يوم الشك الا تطوعا
يوم الشك الذي يحتمل ان يكون اخر شعبان او اول رمضان لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه الا تطوعا انه من رمضان ام
وقوله وهذه المسالة على وجوه ذكرها المص خمسة ووجه الحصر ان من صام يوم الشك فاما ان يكون يقطع بالنية او تردد فيها فان كان
الاول فلا يخلو اما ان يكون فيما عليه او لا فان كان فيما عليه فاما ان يكون في الوقتي او غيره فالوقتي هو الوجه الاول وغيره
هو الثاني وان كان في غير ما عليه فهو الثالث وان كان الثاني فاما ان يكون التردد في اصل النية او في صفتها فالاول الرابع
والثاني الخامس وهذا اذا لم يفرق بين ما يكون نيا او ابتدائيا التطوع والواجب الاخر واما اذا فرق فالوجوه سبعة كما ذكره
شيخ الاسلام في مبسوطه والمص ذكر الوجهين لكن لم يجعلهما وجهين مستقلين فالاول ان ينوي رمضان وهو مكروه لما رويناه
من قوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا لا يقال لا يصام صيغة نفي وهو يقتضي عدم الجواز
لانه يقتضي النهي للحقيقة حـ وهو يقتضي المشروعية على ما عرف ولانه تشبه باهل الكتاب يعني فيما فيه مدح ذلك يوجب الكراهة
كما تقدم وقوله ثم ان ظهر ظ وقوله لانه في معنى المظنون لم يقل لانه مظنون لان حقيقة المظنون ان يثبت له الظن بعد
وجوبه بيقين والحال انه قد اداه فشرع فيه على ظن انه لم يوده ثم علم انه اداه وههنا لم يثبت وجوبه بيقين فلم يكن مظنونا
حقيقة الا انه في كل واحد منهما لما شرع مسقطا للواجب عنده لا ملزما كان كل واحد منهما في معنى الاخر والثاني ان ينوي
عن واجب اخر وهو مكروه ايضا لما روينا من قوله عليه السلام لا يصام الحديث الا ان هذا دون الاول في الكراهة لعدم
استلزامه التشبه باهل الكتاب وقوله ثم ان ظهر ظ وقوله لانه منهي عنه فيكون ناقصا وما في ذمته كامل فلا يتادى الكامل
بالناقص كما لو صام يوم العيد عن واجب اخر وقوله لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان اي لحديث ابي هريرة رضي الله
عنه لا تتقدموا على رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين اي هو بصوم رمضان لما سنذكره وهو لا يوجد بكل صوم بخلاف يوم
العيد لانه المنهي عنه وهو ترك اجابة دعوة الله يلازم كل صوم فان قيل فعلى هذا كان الواجب ان لا يكون صوم واجب اخر مكروها
اجاب بقوله والكراهة هنا لصورة النهي قال في النهاية لانا اثبتنا الكراهة لتناول عموم نفي حديث اخر وهو قوله عليه السلام لا يصام
اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان وقال غيره من الشارحين لصورة النهي لا لحقيقة النهي لان النهي ورد في التقدم بصوم
رمضان الا انه لما كان مثل صوم رمضان في الفرضية اثبتنا فيه نوع كراهة والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما
روينا من قوله عليه السلام الا تطوعا وهو باطلاقه حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء بان لا يكون موافقا لصوم كان
يصومه في ذلك واستدل على ذلك بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الا ان يكون صوم كان يصومه
رجل فليصم ذلك الصوم وهذا النص على الجواز واجاب المص بقوله والمراد بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم
ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يوديه قبل اوانه وفي ذلك تقديم الحكم على السبب وهو باطل والدليل على
ذلك

ذلك ان ما قبل الشهر وقت التطوع لا الشهر فلا يتصور التقدم بالتطوع فان قيل شهر رمضان يوم ما يتقرر فيه فكيف يتصور التقدم
فيه اجيب بان معناه ان ينوي الفرض قبل الشهر وهذا كما يقال مثلا قدم صلاة الظهر على وقتها فان معناه نواها قبل دخول وقتها
فان قيل ما فائدة قوله عليه السلام يوم ويومين وحكم الاكثر من ذلك كذلك اجيب بان يوما ويومين مما وصل الى حد الكثرة فيجوز ان
يتوهم بان القليل معفو فيجوز كما في كثير من الاحكام فنفى ذلك وقوله ثم ان وافق صوما ظاهر وقوله ثم وان افرده يعني لم يوافق
صوما يصومه قال محمد بن سلمة الفطر افضل احترازا عن ظاهر اللفظ وقال نصير بن يحيى الفطر افضل اقتداء بعلي وعايشة
رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه ويقولون لان نصوم يوما من شعبان احب الينا من ان نفطر يوما من رمضان والمختار ان
يصوم المفتي بنفسه احتياطا عن وقوع الفطر في رمضان ويفتي العامة بالتلوم اي الانتظار الى وقت الزوال ثم بالافطار
نفيا للتهمة اي تهمة الروافض ذكر في الفوائد الظهيرية لا خلاف بين اهل السنة والجماعة انه لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من
رمضان عن رمضان وقال الروافض يجب ان يصام يوم الشك عن رمضان وقيل معناه لو افتى للعامة بالنفل عسى يجب
ان يقع عندهم انه خالف رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث نهى عن صوم يوم الشك وهو الحلقة فيفتيهم بالافطار بعد التلوم لقطع
لهذه التهمة والرابع ان يضجع في اصل النية التضجيع في النية التردد فيها وكلا هو ان يطمع في وصف النية
وقوله بين امرين مكروهين وهما صوم رمضان وواجب اخر في هذا اليوم الا ان كراهة احدهما وهو نية صوم رمضان اشد
من الاخر وقوله ثم ان ظهر ظاهر وقوله المشروع فيه مسقطا يعني لا ملزما لان الكلام فيما اذا نوى عن واجب اخر على تقدير وعن
فرض على تقدير فكان مسقطا للواجب عن ذمته وكذا قوله وان نوى عن رمضان ظ وقوله لما مر اشاره الى قوله لعدم
التردد في اصل النية وقوله ومن راى هلال رمضان وحده ظ وقوله وهل يقبلها او لا لم يذكره فان كانت السماء مصحية وهو من
المصر لم يقبل الامام شهادته لانه اجتمع ما يوجب القبول وهو العدالة والاسلام وما يوجب الرد وهو مخالفة الظاهر فترجح
جانب الرد لان الفطر من كل وجه جائز بعذر كما في المريض والمسافر وصوم رمضان قبل رمضان لا يجوز بعذر من الاعذار
فكان المصير الى ما يجوز بعذر اولى وقيد بقوله والسماء مصحية وهو من المصر لانها اذا كانت متغيمة او جاء من خارج المصر تقبل
شهادته على ما يذكر ولكن ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فانها يطلق القضاء برده شرعا كما في شهادة
الفاسق وهي ههنا متمكنة لانه لما ساوى غيره في النظر ظاهرا والمنظر وحدة البصر ودقة المرئي وبعد المسافة فالظاهر عدم
اختصاصه بالروية من بين ساير الناس ويكون غالطا فيورث شبهة عدم الروية وهذه الكفارات تندرئ بالشبهات
لان جهة العقوبة فيها راجحة ولهذا لا يجري فيها التداخل ولا يجري على المعذور والخاطي على ما عرف في الاصول ولو افطر قبل ان
يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه اي في وجوب الكفارة فمن نظر الى ان المورث للشبهة وهو المذكور في الكتاب رد
القاضي شهادته قال بوجوب الكفارة قبل الرد لانتفاء ما يورثها وتحقق الرمضانية لتيقنه بالروية ومن نظر الى ان
يوم الصوم يوم يصوم الناس فيه لقوله صلى الله عليه وسلم صومكم يوم تصومون فيه الحديث وليس ما نحن فيه من اليوم يوم
يصوم الناس فيه لانه لا يلزمهم صوم هذا اليوم لا اداء ولا قضاء فكان يوم الفطر في حق الناس كافة لعدم التجزي وهذا التعليل
ان لا يجب عليه الصوم ولكن لما لم يكن يوم فطر في حقه حقيقة وعارضه نص اخر وهو قوله عليه السلام صوموا لرويته اورث
شبهة الاباحة فيما يدرا بالشبهات قال بعدم وجوبها ولو اكمل هذا الرجل ثلاثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه
للاحتياط لجواز وقوع الغلط كما روي ان عمر رضي الله عنه خرج في الناس يتفقدون الهلال فقال واحد الهلال يا امير المومنين
فامر عمر رضي الله عنه ان يمسح وجهه بالماء ثم قال اين الهلال قال فقدته فقال عمر بشعرة من شعرات حاجبك قامت
بحيالك هلالا والاحتياط بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر يعني بعد الثلاثين لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي
عنده وقوله عليه السلام وفطركم يوم تفطرون قال ___ واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد العدل في روية علاء
الهلال كلامه ظاهر وانما قال غير مقبول ولم يقل مردود لان حكمه التوقف قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا
وقوله في اطلاق جواب الكتاب يعني القدوري وهو قوله قبل الامام شهادة الواحد العدل يدخل المحدود في القذف
بعد التوبة وهو ظاهر الرواية لانه خبر اي ليس بشهادة ولهذا لم يختص بلفظ الشهادة وعن ابي حنيفة انها لا تقبل لانها
شهادة من وجه من حيث ان وجوب العمل بها انما كان بعد قضاء القاضي ومن حيث اختصاصه بمجلس القاضي ومن حيث
اشتراط العدالة كما ان الشافعي في احد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا يعني قوله لانه امر ديني وقد صح ان النبي صلى الله
عليه وسلم قبل شهادة الواحد في هلال شهر رمضان قال ابن عباس رضي الله عنهما جاء اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني
رايت الهلال يعني هلال شهر رمضان فقال اتشهد ان لا اله الا الله قال نعم قال اتشهد ان محمدا رسول الله قال نعم قال يا بلال اذن
في الناس فليصوموا غدا وفيه دليل على قبول خبر الواحد كما ترى وقوله وصاموا ثلاثين يوما يعني ولم يروا الهلال لا يفطرون
ومبنى ما روي عن محمد ما تقرر ان الشي قد يثبت ضمنا وان لم يثبت ابتداء كبيع الطريق والشرب وكاستحقاق الارث
بناء على النسب انما يصح على قولهما دون قول ابي حنيفة رضي الله عنهم وقوله واذا لم يكن بالسماء علة ظاهر وقوله ولا فرق بين
اهل المصر وغيره اي لا فرق في عدم القبول اذا لم يكن في السماء علة بين اهل المصر ومن ورد من خارج وذكر الطحاوي انه تقبل

شهادة الواحد اذا جاءوا من العلة في عدم قبول الشهادة دليلا على قبولها اذا كان ان هذا خارج المصر وكان في السماء علة وكذا اذا
كان في مكان مرتفع من المصر ثقله الموانع واليه اي الى ما ذكره الطحاوي الاشارة في كتاب الاستحسان وقوله فان كان الذي
شهد بذلك في المصر ولا علة في السماء لم تقبل شهادته ووجه الاشارة ان التقييد في الرواية يدل على نفي ما عداه فكان تخصيصه
بالمصر مرتفع في المصر يقبل وقوله ومن راى هلال الفطر واضح وكذا قوله فاذا كان في السماء علة وقوله وهو الاصح احتراز عما روي
في النوادر عن ابي حنيفة انه كهلال رمضان لانه تعلق به امر ديني وهو ظهور وقت الحج وقوله لانه تعلق به نفع العباد دليل الاصح وقوله
وان لم يكن في السماء علة يعني في هلال الفطر قوله كما ذكرنا اشارة الى قوله لان التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة الخ وقوله
ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني قيل العبرة لاول طلوعه وقيل لاستطارته وانتشاره قال شمس الائمة الحلواني
الاول احوط والثاني اوسع وقوله والخيطان يعني ان الخيط الابيض اول ما يبدو وهو الفجر الثاني وهو المستطير اي
المنتشر المعترض في الافق كالخط الممدود والخيط الاسود ما يمتد معه من غبش الليل وهو الفجر المستطيل والكاذب وانما
السرحان شبههما بخيطين ابيض واسود وموضعه علم البيان واكتفى ببيان الخيط الابيض بقوله من الفجر عن بيان الاسود
ولان البيان في احدهما بيان في الاخر وقوله والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية قيل هو منقوض
طردا وعكسا فبالاكل الناسي فان صومه باق والامساك فائت واما طردا فبمن اكل قبل طلوع الشمس قبل طلوع الفجر
لان النهار اسم لزمان من الشمس وكذلك في الحائض والنفساء فان هذا المجموع موجود والصوم فائت واجيب عن
الاول بمنع فوت الامساك لان المراد به الامساك وهو موجود وعن الثاني بان المراد بالنهار النهار الشرعي وهو اليوم
وهو قوله تعالى فكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الاية وعن الحائض والنفساء بان الحائض خرجت عن اهلية الاداء شرعا
وقوله والطهارة عن الحيض والنفاس شرط المراد بالطهارة منهما عدمهما لا ان يكون المراد بها الاغتسال

باب ما يوجب القضاء والكفارة لما فرغ من بيان انواع الصوم وتفسيره شرع في بيان ما يجب عند ابطاله لانه امر عارض على
الصوم فناسب ان يذكر موخرا واذا اكل الصايم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك رحمه الله
لوجود ما يضاد الصوم ووجود مضاد الشي مفسد له لاستحالة وجود الضدين معا فصار كالكلام ناسيا في الصلاة ووجه
الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم للذي اكل وشرب ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك قيل هذا الحديث معارض
للكتاب وهو قوله تعالى ثم اتموا الصيام فان الصيام امساك وقد فات فالاية تدل على بطلانه لان انتفاء ركن الشي يستلزم انتفاءه
لا محالة والحديث يدل على بقائه كما كان فيجب تركه واجيب بان في الكتاب دلالة على ان النسيان معفو عنه لقوله تعالى ربنا
لا تواخذنا ان نسينا فكان الحديث موافقا للكتاب فيعمل به ويحمل قوله تعالى واتموا الصيام على حالة انتفى الاتمام عمدا (بيان على حالة)
لان الاتمام فعل اختياري فيكون ضده المفوت له كذلك والنسيان ليس باختياري فلا يفوته فان قيل سلمنا ذلك لكن النص
ورد في الاكل والشرب على خلاف القياس فكيف تعدى الى الجماع اجاب بقوله واذا ثبت هذا في الاكل والشرب ثبت في
الوقاع للاستواء في الركنية يعني ثبت في الدلالة لا في القياس لان كلا منهما نظير الاخر في كون الكف عن كل منهما ركنا في باب
الصوم وقوله بخلاف الصلاة جواب عن قوله فصار كالكلام ناسيا في الصلاة وهو واضح وكذا قوله ولا فرق بين الفرض
والنفل وقوله ولو كان مخطيا بان كان ذاكرا للصوم غير قاصد للشرب فتمضمض فسبقه الماء فدخل حلقه او مكرها فعليه
القضاء عندنا خلافا للشافعي فانه يعتبره بالناسي فان الناسي قاصد للشرب دون المخاطي فاذا كان فعل القاصد معفوا
ففعل غير القاصد اولى ولنا ان عذره لا يغلب وجوده اي الاعتبار فاسد لانه على خلاف القياس ولذا لا الحاق بالدلالة لانه
ليس في معنى النسيان فان النسيان غالب الوجود والخطا والاكراه ليسا كذلك ولان النسيان من قبل صاحب الحق بخلاف
غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضا الصلاة فان المقيد اذا صلى قاعدا لعذر القيد قضى بخلاف المريض فان نام فاحتلم
لم يفطر لقوله عليه السلام ثلث لا يفطرن الصيام القي والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه اما الاول
فلعدم ايلاج الفرج في الفرج واما الثاني فلعدم الانزال عن شهوة بالمباشرة اعني مس الرجل المراة وكذا اذا نظر الى وجه امراة
او فرجها فامنى اي انزل المني لا يفطر لما بينا انه لم يوجد الجماع صورة ولا معنى وصار كالمتفكر في امراة حسنا اذا امنى
وكالمستمني بالكف يعني اذا عالج ذكره بيده حتى امنى لم يفطر على ما قال ابو الشيخ وهو قول ابي بكر الاسكاف وابي القاسم
لعدم الجماع صورة ومعنى وعامتهم على انه يفسد صومه قال الصدر في المحيط الصايم اذا عالج ذكره بيده حتى امنى يجب عليه القضا
هو المختار لانه وجد الجماع معنى قيل فيه نظر لان معنى الجماع يعتمد المباشرة على ما قلنا ولم يوجد واجيب بان معناه وجد ما هو المقصود
من الجماع وهو قضاء الشهوة وهل يحل له ان يفعل ذلك ان اراد الشهوة لا يحل لقوله عليه السلام ناكح اليد ملعون وان اراد تسكين
ما به من الشهوة ارجو ان لا يكون عليه وبال ولو ادهن او احتجم لم يفطر لعدم المنافي وقوله لما روينا يعني به قوله عليه السلام ثلاث
لا يفطرن الصايم ولو اكتحل لم يفطر ولو وجد طعمه في حلقه فانه ليس بين العين والدماغ منفذ وما وجد في حلقه من طعمه انما هو اثره لا عينه
فان قيل لو لم يكن بينهما منفذ لما خرج الدمع اجاب بان الدمع يترشح كالعرق يعني انه داخل من المسام والداخل منها لا ينافي كما اذا
اغتسل بالماء البارد فان قيل هذا التعليل في مقابلة النص وهو باطل وذلك لما روي معبد بن هوذة الانصاري عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه

انه قال عليكم بالاثمد المروح وقت النوم وليتقه الصايم اجيب بان النبي صلى الله عليه وسلم ندب الى صوم عاشورا والاكتحال
فيه وقد اجتمعت الامة على الاكتحال يوم عاشورا فالحديث راجح على الاول ولو قبل ولم ينزل ما يفسد صومه لعدم المنافي صورة ومعنى بما
ذكرنا بخلاف الرجعة والمصاهرة فانهما يثبتان بالقبلة بالشهوة وكذا باللمس وان لم ينزل لان حكمهما اديرا على السبب
يثبت بسبب الجماع كما يثبت به ولهذا يتعلق بعقد النكاح لان مبناها على الاحتياط اما فساد الصوم فانه يتعلق بالجماع
اما صورة او معنى لا بسببه حتى لم يفسد بعقد النكاح وفيما نحن فيه لم يوجد الجماع لا صورة ولا معنى فلم يفسد الصوم وقوله
على ما بينا في موضعه اي في باب الرجعة وان انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع وهو قضاء
الشهوة بالمباشرة ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية لانها
تندرئ بالشبهات كالحدود وهذا لان الكفارة اعلى عقوبات المعظم لافطاره فلا يعاقب بها الا بعد بلوغ الجناية نهايتها
ولم تبلغ نهايتها لان هاهنا جناية من جنسها ابلغ منها وهو الجماع صورة ومعنى وقوله ولا باس بالقبلة اذا امن على نفسه اختلف
الشراح في مرجع هذا الضمير في قول محمد فقال بعضهم اراد به الامن عن الوقوع في الجماع وقال بعضهم اراد به الامن من
خروج المني وقوله ويكره اذا لم يامن واضح وقوله واطلق فيه الحالين اي في جواز القبلة في حال امنه على نفسه
وعدمه والحجة عليه ما ذكرنا يعني قوله لان عينه ليس بمفطر الخ والمباشرة الفاحشة وهي ان تعانقا متجردين ويمس ظاهر فرجه
ظاهر فرجها مثل التقبيل في ظاهر الرواية يكره اذا لم يامن ولا يكره اذا امن وعن محمد وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة انه
كره المباشرة الفاحشة للصايم لانه قل ما يخلو عن الفتنة وقوله واختلفوا يعني المشايخ في المطر فقال بعضهم المطر
يفسد والثلج لا يفسد وقال بعضهم على العكس وقال عامتهم بافسادهما وهو الصحيح لحصول المفطر يعني ولامكان الاحتراز
عنه اذا اواه خيمة او سقف ولو اكل لحما بين اسنانه فلو كان قليلا لم يفطر وان كان كثيرا يفطر وقال زفر يفطر في الوجهين لان
الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولو اكل القليل من خارج افطر على ما مر فكذا اذا اكل من فمه ولنا ان القليل
تابع لاسنانه لانه لا يمكن الاحتراز عنه فكان بمنزلة ريقه ولو ابتلع ريقه لم يفسد بخلاف الكثير لانه لا يبقى بين اسنانه فكان
الاحتراز عنه ممكنا والفاصل انه ما كان مقدار الحمصة فهو كثير وما دونه قليل بخلاف قدر الدرهم في باب النجاسة
فانه الفاصل بين القليل والكثير وهو داخل في القليل لانه اخذ من قدر موضع الاستنجا وذلك القدر في الاستنجا
معفو بالاجماع حتى لم تفترض الاستنجا واكتفي في اقامة سنة الاستنجا بالحجر والمدر وهو لا يقلع النجاسة
فصار قدر الدرهم معفوا في غير موضع الاستنجا ايضا قياسا عليه واما هاهنا فقدر الحمصة لا يبقى في فرج الاسنان
غالبا فلا يمكن الحاقه بالريق فصار كبيرا وقوله وان اخرجه واخذه بيده ظ وقوله لانه طعام متغير فصار كاللحم المنتن
ولابي يوسف انه يعافه الطبع اي يكرهه فصار من جنس ما لا يتغذى به كالتراب وهو فان ذرعه القي بدر عه الشي سبق
اليه فيه وعليه خرج وهو لا يفسد الصوم لقوله صلى الله عليه وسلم من قاء فلا قضا عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضا
الحديث وقاء واستقاء ممدود الا يقال قاء اكل اذا القاه واستقاء تقيا تكلفا في ذلك وكلامه واضح الا مواضع
ننبه عليها قوله يستوي فيه اي في القي الذي ذرعه وقوله فلو عاد يعني ما ذرعه وقوله عند محمد لا يفسد قيل وهو الصحيح
لانه كما لا يمكن الاحتراز عن خروجه لا يمكن عن عوده فجعل عفوا وقوله لانه غير خارج تعليل ابي يوسف وقوله ولا صنع له في
الادخال تعليل محمد وقوله فان استقاء عمدا يشير الى انه لو استقاء ناسيا لصومه لا يفسد صومه كما لو اكل ناسيا وقوله
لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ومن استقاء عمدا فعليه القضا وقوله وعنه اي وعن ابي يوسف وقوله لما ذكرنا يريد به
عدم الخروج وعنه اي وعن ابي يوسف وقوله لكثرة الصنع وهو صنع الاستقاء وصنع الاعادة ومن ابتلع الحصاة
او الحديد افطر لوجود صورة الفطر باتصال الشي الى باطنه ولا كفارة عليه لعدم معنى الافطار وقد تقدم ان الكفارة
اقصى عقوبة في الافطار فيحتاج الى كمال الجناية لان في نقصانها شبهة العدم وهي تندرئ بالشبهات وقال مالك رضي الله
عنه تجب عليه لانه مفطر غير معذور وكل من هو كذلك تجب عليه عنده وقوله ومن جامع عمدا ظاهر وقوله اعتبارا بالاغتسال
يعني اذا دخل ولم ينزل وجب عليه الغسل فكذلك الكفارة فان قيل الكفارة تندرئ بالشبهات وانتفا معنى الجماع
وهو قضاء الشهوة يورث الشبهة والاغتسال يجب بالاحتياط فقياس احدهما على الاخر لا يكون صحيحا فالجواب ان المتبع
(معنى) انتفا الجماع لان قضا الشهوة يتحقق دون الانزال والانزال الشبع وليس بشرط الا ترى ان من اكل لقمة وجب عليه الكفارة
وان لم يوجد الشبع والى هذا اشار بقوله وهذا لان قضا الشهوة يتحقق بدونه ولو جامع في الموضع المكروه فعن ابي حنيفة
في وجوب الكفارة روايتان في رواية الحسن لا كفارة عليه اعتبارا بالحد عنده فانه لم يجعل هذا الفعل جناية كاملة في
ايجاب العقوبة التي تندرئ بالشبهات وهذه عقوبة تندرئ بالشبهات كالحد وفي رواية ابي يوسف عنه ان عليه الكفارة
وهو الاصح لان الجناية متكاملة لقضا الشهوة وانما يدعي ابو حنيفة النقصان في معنى الزنا من حيث انه لا يحصل به
افساد الفراش ولا معتبر به في ايجاب الكفارة ولا يلزم من انتفا ما هو عقوبة كاملة انتفا ما فيه معنى العقوبة ولو جامع
ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل فان انزل فعليه القضا لانه فات صورة الكف فصار كالجماع فيما دون الفرج

وقال الشافعي وجبت عليه الكفارة لان السبب للكفارة عنده الجماع المعدم للصوم وقد وجد ولنا ان الكفارة تعلقت
بالجناية الكاملة وتكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد لان الطباع السليمة تنفر عنها فان حصل به قضاء الشهوة
فذلك لغلبة الشبق او لفرط السفه فهو كمن يتكلف لقضاء شهوته بيده لا يتم جنايته في ايجاب الكفارة فكذا هذا وقوله
اعتبارا بالاغتسال والمعنى ان هذه مؤونة اوجبها الزوج فيها فيتحملها عنه كثمن ماء الاغتسال ولنا قوله عليه السلام من افطر
في نهار رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الاناث كالذكور قال الله تعالى ومن يقنت منكن ولان سبب الكفارة
جناية افساد الصوم لا نفس الجماع لانه تصرف في ملكه وقد شاركته في ذلك فوجبت عليها كما وجبت عليه وهذا جواب عن
قوله الاول وقوله ولا تتحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيها التحمل جواب عن قوله الثاني ولو اكل او شرب ما يتغذى به او
يتداوى به فعليه القضاء والكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بالنص على خلاف القياس لارتفاع
الذنب بالتوبة بيانه ان الاعرابي جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم نادما والتوبة رافعة للذنب بالنص ومع ذلك اوجب
النبي عليه السلام الكفارة فعلم انها تثبت على خلاف القياس وما كان كذلك لا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار
في رمضان على وجه الكمال وهو الافطار صورة بايصال الشيء الى الجوف ومعنى بقضاء الشهوة لما روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي
صلى الله عليه وسلم من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر ولم يبين السبب المفطر ولما روي ان رجلا سأله فقال يا رسول الله افطرت
في رمضان فقال عليه السلام من غير مرض ولا سفر فقال نعم فقال اعتق رقبة فلم يسأله عما افطر به فدل على ان الحكم لا يختلف الا يرى
انه سأله عن حاله بالمرض والسفر لاختلاف حكم الكامل والجناية بالافطار على وجه الكمال قد تحققت فان قيل ما ذكرتم يدل على عدم
انحصار الكفارة في الوقاع ومدعاكم الجناية على وجه الكمال فلا مطابقة بين الدليل والمدلول اجيب بان المقصود الاصلي هو ذلك
واما وجود الجناية على وجه الكمال فثابت بمساعدة الخصم لكنه يقول على وجه خاص ونحن ننفيه وعورض بان الكفارة بنفس الوقاع
لان النبي صلى الله عليه وسلم ما الزم الكفارة الا في مقابلة ما سيل عنه من الوقاع والجواب ان تعلقها به اما ان يكون من حيث
انه وقاع في نهار رمضان فان كان الاول فليس في الاهل بحسابه فلا نسلمه وان كان الثاني فهو مسلم وهو المطلوب لانه
جناية بالافطار على وجه الكمال بجهة خاصة واذا كان غيره في معناه الحق به دلالة لا قياسا ودليل تقريره مذكور في التقرير وقوله
وبايجاب الاعتاق تكفيرا جواب عن قول الشافعي لارتفاع الذنب بالتوبة وتقريره لا نسلم ان هذه الجناية ترتفع بالتوبة
فان الشرع لما اوجب الاعتاق كفارة لهذه الجناية علم انها غير مكفرة كالجناية بالسرقة والزنا حيث لا ترتفعان بمجرد
التوبة بل بالحد وقوله كالكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا من حديث ابي هريرة وحديث الاعرابي وهو مشهور بظاهره وقوله
متفرقا قد تقدم معناه وقوله وهو اي حديث الاعرابي حجة على الشافعي في قوله بالجبر لان مقتضاه الترتيب وهو احتج وعلى
مالك في نفي التتابع للنص عليه بقوله عليه السلام صم شهرين متتابعين قال في النهاية معناه ان نسبة التخيير الى الشافعي في
ونفي التتابع الى مالك سهو بل الشافعي يقول بالترتيب كما نقول دل على ذلك كتبهم وكتب اصحابنا والقائل بعدم التتابع
هو ابن ابي ليلى القائل بالتخيير احتج بحديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال اني افطرت في رمضان فقال اعتق رقبة او صم شهرين متتابعين او اطعم ستين مسكينا وقلنا حديث الاعرابي مشهور ولا اعتبار
هذا الحديث فيحمل على ان المراد به بيان ما به تتادى الكفارة في الجملة لا التخيير واحتج القائل بنفي التتابع بالقياس
على القضاء وما رويناه حجة عليه لان القياس في مقابلة النص فاسد قال ومن جامع فيما دون الفرج وانزل فعليه
القضاء اراد بالفرج القبل والدبر فكان ما دونه هو التفخيذ والتبطين والجماع فيه جماع معنى فاوجب القضاء وليس
صورة فلا كفارة عليه وليس في افساد صوم غير رمضان كفارة لان الكفارة في افطار صومه وجبت بالنص على خلاف
القياس فلا تقاس ولا غيره في معناه لان الافطار في رمضان ابلغ من الجناية لكونها جناية على الصوم والشهر جميعا
وغيره جناية على الصوم وحده ولان الوقت غير متعين لذلك فلا يلحق به غيره بخلاف الكفارة في الحج حيث يستوي فيها
الفرض والنفل لان وجوبها لحرمة العبادة وهما فيها سواء ومن احتقن او استعط اي استعمل الدواء بالحقنة او السعوط
وهو الدواء الذي يصب في الانف ويحتمل بناء الفاعل او اقطر في اذنيه على بناء المفعول قال صاحب النهاية كذا وجدت
بخط شيخي افطر لقوله عليه السلام الفطر مما دخل وكلامه واضح وقوله وان داوى جايفة او امة الجايفة اسم لجراحة وصلت
الى الدماغ والذي يصل هو الرطب ولهذا قيد بالرطب لان في ظاهر الرواية فرق بين الدواء الرطب واليابس واكثرهم على
ان العبرة للوصول حتى اذا علم ان الدواء اليابس وصل الى جوفه فسد صومه وان علم ان الرطب لم يصل الى الجوف لا يفسد
صومه عنده الا انه ذكر اليابس والرطب بناء على العادة فاليابس انما يستعمل في الجراحة لتستمسك رأسها به فلا يتعدى الى
الباطن والرطب يصل الى الباطن عادة فلهذا افطر بينهما ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يفطر وقول محمد مضطرب ذكر قوله في الاصل مع ابي حنيفة وذكره الطحاوي في مختصره مع ابي يوسف قال ابو سليمان الجوزجاني
في الاصل بعد ما ذكر قول محمد مع ابي حنيفة ثم ان محمدا شك في ذلك فوقف وما ذكره الكل عن محمد من التوقف هو الظاهر وانما توقف
محمد لانه شك في وجود المنفذ من الاحليل الى الجوف وتكلموا في الافطار في اقبال النساء فقيل هو على هذا الاختلاف وقيل
يشبه

يشبه الحقنة فيفسد الصوم بلا خلاف قيل وهو الاصح وقوله ومن ذاق شيئا بفمه الذوق بالفم قوة منبثة في العصب المفروش
على جرم اللسان وادراك الذوق بمخالطة الرطوبة اللعابية المنبعثة من الالة المسماة من الملعبة بالمذوق ووصوله الى العصب
وليس في هذا المعنى ما يوجب الفطر لا صورة ولا معنى ويكره ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد بسبيل التسبب لان الحادثة
قوية اذا كان صايما قلما يأمن ان ينجذب منه شيء الى الباطن وقوله لما بينا اشارة الى التعريض وقوله ومضغ العلك لا يفطر
اطلق محمد في الكتاب وهو يدل على ان الكل واحد والتفصيل المذكور في الكتاب ذكره المشايخ وقوله الا انه يكره استثناء من
قوله ومضغ العلك لا يفطر وقوله لانه متهم بالافطار يعني ان من يراه يتهمه تتوهم انه يأكل شيئا فيتهمه وقد قال علي رضي
الله عنه اياك وما سبق الى القلوب انكاره وان كان عندك اعتذاره وقوله ويكره كما والكراهة تستلزم عدم الاستحباب
ولا ينعكس لان المباحات لا يوصف بها قال ولا باس بان يكحل ويدهن الشارب فما يجوز ان يكون الفاء منهما مفتوحا فيكونان
مصدرين من كحل عينيه كحلا ودهن رأسه دهنا او الطلاء بالدهن ويجوز ان يكون مضموما فيكون معناه ولا باس باستعمال الكحل
والدهن فان قيل ما وجه تكرير مسئلة الدهن الكحل فانه قال ولو اكتحل لم يفطر ثم قال ولا باس بالكحل ثم قال ولا باس بالاكتحال
اجيب بان الاول وضع القدوري والثاني وضع الجامع الصغير والثالث وضع الفتاوى ولكل منها فائدة فالفائدة
الاولى ما يستفيد من عدم تفطير الاكتحال ولا يلزم منه ان لا يكون مكروها بل يجوز ان يكون مكروها ولا يفطر كما اذا ذاق
بلسانه شيئا فبالثاني نفى ذلك ثم قد يختلف حكمه بين الرجال والنساء كما في العلك فعلم بالثالث انهما لا يفترقان اذا لم يكن
قصد الرجل الزينة وقوله لانه نوع عمل الخضاب يعني وبالخضاب جاءت السنة لكن لحاجة غير الزينة والقبضة بضم القاف
وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأخذ من اللحية من طولها ومن عرضها اورده ابو عيسى في جامعه وقال
من سعادة الرجل خفة لحيته وذكر ابو حنيفة رحمه الله في الاثار عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان عبد الله بن عمر كان يقبض
على لحيته ويقطع ما وراء القبضة وبه اخذ ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد رضي الله عنهم وقوله ولا باس بالسواك الرطب بالغداة
والعشي ذكر محمد في الاصل انه لا باس للصائم ان يستاك بالسواك الرطب ولم يذكر ان رطوبته بالماء او بالرطوبة الاصلية
التي تكون للاشجار ولا ذكر انه بله بريقه او بالماء وذكر في الجامع الصغير لا باس بالسواك الرطب بالماء للصائم في الفريضة
فكان تفسيرا لما ذكر في الاصل ويدل على الرطب بالرطوبة الاصلية بالالحاق ولهذا قال المصنف لا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول
بالماء لقوله عليه السلام خير خلال الصائم السواك من غير فصل بين الرطبين وبين الغداة والعشي وينتفي به ما قال ابو يوسف
ان الرطب بالماء مكروه لما فيه من ادخال الماء في الفم وذلك مكروه لان ما يبقى من الرطوبة بعد المضمضة اكثر مما يبقى بعد السواك
ثم لم يكره للصائم المضمضة فكذا السواك وقال الشافعي رحمه الله يكره بالعشي لان فيه ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف
قال النبي صلى الله عليه وسلم فيما يحكي عن ربه الصوم لي وانا اجزي به ولخلوف فم الصائم اطيب عند الله من ريح المسك
وما يكون محمودا عند الله فسبيله الابقاء كما في دم الشهيد والخلوف مصدر خلف فوه اذا تغير رائحته لعدم الاكل بالفم
لا بغير قلنا هو اثر العبادة فاللائق به الاخفاء فرارا عن الرياء بخلاف دم الشهيد فانه اثر الظلم فيحتاج اليه للانتصاف
من خصمه فلا بد من الاستبقاء وقوله لما روينا يعني قوله عليه السلام خير خلال الصائم السواك **فصل** ذكر
مسائل الصوم شرع في هذا الفصل ببيان وجوه الاعذار المبيحة للافطار في الصوم وما يتعلق بها وكلامه واضح
وحاصله ان الرخصة لا تتعلق بنفس المرض لتنوعه الى ما يزداد بالصوم والى ما يخف به وما يخف لا يكون مرخصا لا محالة
فجعلنا ما يزداد به مرخصا لخوف الهلاك لوجود ما هو الاصل في الباب وهو المشقة فيه ومعرفة ذلك اما ان يكون
باجتهاده بان يعلم من نفسه ان حاله تزداد شدة او عينه وجعا او ان يقول طبيب حاذق مسلم والشافعي رحمه الله اعتبر
خوف الهلاك او فوت العضو كما في التيمم واما في السفر فنفسه مرخص لانه لا يعرى عن المشقة فاذا كان صائما والا يفطر
الصوم فالصوم افضل عندنا خلافا له هكذا نقلت هذه المسئلة في كتاب اصحابنا على خلاف ما وقعت في كتب
اصحاب الشافعي فان الغزالي رحمه الله ذكر ان الصوم احب من الافطار في السفر لتبرئة ذمته استدل الشافعي بقوله
ليس من البر الصيام في السفر روى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فرأى
زحاما ورجلا قد ظلل عليه فقال ما هذا فقالوا صايم يا رسول الله فقال ليس من البر الصيام في السفر الحديث ولنا
ان رمضان افضل الوقتين لان عدة من ايام اخر كالخلف عن رمضان والخلف لا يساوي الاصل بحال وما رواه
محمول على حالة الجهد بفتح الجيم اي المشقة على ما ذكرنا في سببه انفا وقوله وان مات المريض او المسافر وهما على حالهما اي
من المرض والسفر لم يلزمهما القضاء لان الله تعالى اوجب عليهما القضاء في عدة من ايام اخر ولم يدركا عدة من ايام اخر
وقوله ولو صح المريض او اقام المسافر وفايدته اي فايدة لزوم القضاء وجوب الوصية بالاطعام بقدر الصحة والاقامة فاذا
اوصى يؤدي الوصي من ثلث ماله لكل يوم مسكينا بقدر ما يجب في صدقة الفطر وان لم يوص وتبرع الورثة جاز وان لم يتبرعوا
لا يلزمهم الاداء بل يسقط في حكم الدنيا وذكر الطحاوي فيه اي في وجوب الوصية خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وبين
محمد رحمه الله فقال ولو زال عنه العذر وقدر على البعض دون البعض فانه يلزمه ان يقضي فيما قدر ولم يفرط فيه ثم مات فلا يلزمه

قضا ما بقي لانه لم يدرك من وقت قضايه الا قدر ما قضى والا لم يصم فيما قدر عليه حتى مات وجب عليه قضا الكل في قول ابي حنيفة
وابي يوسف لان ما قدر يصلح فيه قضا اليوم الاول والذي بعده وهلم جرا فلما قدر على قضا البعض فكانه قدر على قضا
الكل ولم يصم وليس كذلك اذ اصام فيما قدر لانه بالصوم تعين انه لا يصلح فيه قضا يوم اخر وقال محمد لا يلزمه القضا
الا مقدار ما قدر عليه لانه ما ادرك الا ذلك فلم يلزمه غيره وقال المص وليس بصحيح يعني ان الصحيح ان قولهما كقول محمد
وان الخلاف في النذر وهو قول المريض لله علي ان اصوم شهرا فان مات قبل ان يصح لم يلزمه شي وان صح يوما واحدا لزمه ايصا
بجميع الشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لزمه بقدر ما صح لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فصار كقضا رمضان
والفرق لهما بين قضا رمضان والنذر ما ذكره في الكتاب ان النذر سبب وقد وجد والمانع وهو عدم صحة الذمة في الزمن الاول
قد صار بالبرا فاذا وجد السبب المقتضي وزال المانع يظهر الوجوب لا محالة وصار كصحيح نذر ثم مات قبل الادا واذا ظهر الوجوب
ولم يتحقق الادا يصار الى الخلف وهو الفدية وفي هذه المسئلة السبب ادراك العدة وان ادراكها لم يتحقق بكماله بل ببعضها
تحقق فيتقدر بقدره وفيه بحث من وجهين احدهما ان القضا يجب بما يجب به الادا عند المحققين وسبب الادا شهود الشهر
فكذا سبب القضا والثاني ان جز السبب ليس له حكم كله فلا يكون لبعض السبب اثر لبعض الحكم والجواب عن الاول ان ذلك
ليس فيما يتعلق به نفس الوجوب بل فيما يتعلق به تسليم الواجب او مثله وهو الخطاب وهذا انما هو في الاقدام فلا نغفل
وعن الثاني بان جز السبب لا يجوز ان يوثر في كل الحكم والا لكان هو العلة فما فرضناه جزا لا يكون جزا هذا خلف باطل واما
ان يكون جز السبب علة تامة لبعض الحكم فلا مانع عنه الا يرى ان بالقدر والجنس يحرم الفضل والنسا وباحدهما يحرم النسا
وكل ذلك قررناه في التقرير مستوفي وقضا رمضان ان شا فرقه وان شا تابعه الصوم المذكور في كتاب
الله تعالى ثمانية اربعة منها متتابعة واربعة صاحبها فيها بالخيار اما المتتابع فصوم رمضان وكفارة القتل والظهار
واليمين عندنا واما غيره فقضا رمضان وصوم المتعة وكفارة الحلق وجزا الصيد اما صوم رمضان فلا كلام لاحد
في وجوب التتابع فيه واما غيره فقد ضبطه المشايخ بان كل ما شرع فيه العتق كان التتابع فيه والا فلا فيكون قضا رمضان
ما فيه لمن عليه الخيار لان النص مطلق والعمل به واجب وفيه بحث من وجهين احدهما ان القضا يحكي الادا والتتابع
واجب في الادا فكان مقتضيا عن تقييد نص القضا والثاني ان ابي بن كعب رضي الله عنه قرا فعدة من ايام اخر متتابعات
فلا اعتبرتم قراته مقيدة كما فعلتم فعلتم بقراة ابن مسعود رضي الله عنه في كفارة اليمين والجواب عن الاول ان الادا لو
لو كان على ما ذكرتم لما قال صلى الله عليه وسلم لمن سال عن تقطيع قضا رمضان ذلك اليك ارايت لو كان على احدكم دين
فقضاه الدرهم والدرهمين الم يكن قضا قال نعم قال عليه السلام فالله احق ان يعفو او يغفر فانه صلى الله عليه وسلم كان
اعلم بذلك وعن الثاني ما قيل ان قراة ابي رضي الله عنه لم تشتهر اشتهار قراة ابن مسعود رضي الله عنه فكان كخبر الواحد
فلا يزاد به على كتاب الله فوله لكن المستحب المتابعة اي التتابع مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخر القضا حتى
دخل رمضان اخر صام الثاني لانه في وقته وقضا الاول بعده لانه وقت القضا ولا فدية عليه خلافا للشافعي فانه يوجب
مع القضا لكل يوم طعام مسكين ويروي ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما ويقول القضا يتوقت بما بين رمضانين مستدلا
بما روي عن عايشة رضي الله عنها انها كانت تؤخر قضا ايام الحيض الى شعبان وهذا بيان انها لا تؤخر وقته فيجوز التاخير
اليه ثم يجعل تاخير القضا عن وقته كتاخير الادا عن وقته وتاخير الادا لا ينفك عن موجب القضا وهذا كما ترى ليس فيه
ما يعول عليه لان تاخيرها القضا الى شعبان قد يكون اتفاقا ولو سلم ذلك فايجاب الفدية لا اصل له لانه لا فدية في الشرع
على القادر على الاصل وبالتاخير لم يثبت العجز ولنا ان الله تعالى امر بالقضا مطلقا والامر المطلق لا يوجب الفور بل على التراخي
ولهذا التطوع جاز بالاتفاق ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وقوله والحامل والمرضع قال في الذخيرة
المراد بالمرضع ههنا الظئر لان الام لا تفطر اذ الاجرة للولد على الاب لان الصوم فرض عليها دون الارضاع وقال الشيخ شيخي عبد
العزيز ينبغي ان يشترط يسار الاب والاجرة الولد ضرع غير الام وقوله لانه افطار بعذر مسلم بغير عذر ولكن لا في نفس الصائم
بل لاجل غيره ومثله لا يعتد به الا يرى انه لو اكره على شرب الخمر بقتل ابيه او ابنه لم يحل له الشرب والجواب ان الحامل والمرضع
مامورة بصيانة الولد مقصودة وهو لا يتاتى بدون الافطار عند الخوف فكانا مامورة بالافطار والام بالافطار مسبب
الكفارة التي بناها على الوجوب عن الافطار لا يجتمعان بخلاف الاكراه فانه ليس كل احد مامور بالقصد لصيانته غيره بل
ان الامر هنا كغيره ضرورة حرمة القتل والحكم يتفاوت بتفاوت الامر قصدا او ضمنا وقوله فيما اذا خافت على الولد يعني
اذا خافت الحامل والمرضع على نفسها لا تجب الفدية بالاتفاق واذا خافت على ولدها فافطرت وجب القضا والفدية على
اصح اقواله عندهم هو يعتبره بالشيخ الفاني فان الفطر حصل بسبب نفس عاجزة عن الصوم خلقة لا خلفة فتجب الفدية كفطر الشيخ
الفاني ولان فيه منفعة نفسها وولدها فبالنظر الى نفسها يجب القضا وبالنظر الى منفعة ولدها تجب الفدية ولنا ان الفدية فيه
ثبتت بالنص على خلاف القياس فلا يجوز القياس والفطر بسبب الولد ليس في معناه لان الشيخ الفاني عاجز بعد الوجوب والولد
لا وجوب عليه اصلا الا يرى انه لو كان له مال لم يجب على ماله ولم يتضاعف بتضاعف الولد فلا يلحق به دلالة ايضا وقوله
والشيخ

فكذا تاخيره

والشيخ الفاني وصف بانه المراد بقوله الذي لا يقدر على الصيام وسمي فانيا اما لقربه الى الفنا او لانه فنيت قوته وجوب
الفدية عليه مذهبنا وقال مالك لا يجب عليه الفدية لان الاصل وهو الصوم لم يجب عليه فلا يجب خلفه وقلنا السبب هو شهود
الشهر ثابت وله حتى لو تحمل المشقة وصام وقع عن فرضه وانما يباح له الافطار بعذر ليس بعرض الزوال حتى يصار الى القضا
والسفر فوجبت الفدية بمن مات وعليه الصوم فالاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية قال اهل التفسير معناه
لا يطيقونه فهو كقوله تعالى يبين الله لكم ان تضلوا فان قيل روي عن الشعبي رحمه الله انه قال لما نزل قوله تعالى وعلى الذين
يطيقونه كان الاغنيا يفطرون ويفدون والفقرا يصومون فبقي على ذلك في بدو الاسلام كان الرجل مخيرا بين الصوم والفدية ثم نسخ
بعد ذلك بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه والمنسوخ لا يجوز الاستدلال به اجيب بان الاية انما وردت في الشيخ الفاني
كما ذهب اليه بعض السلف قطعا وان وردت في التخيير فكذلك لان النسخ انما ثبت في حق القادر على الصوم فبقي الشيخ
الفاني على حاله كما كان وقوله ولو قدر على الصوم يعني بعد ما فدى يبطل حكم الفدا وصار كانه لم يكن ووجب عليه القضا
فان قيل القدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل الخلف كما لو قدر على الما بعد ما صلى بالتيمم وههنا حصل المقصود
وهو تفريغ الذمة بعد ما وجب عليه اجيب بان القدرة ههنا على الاصل انما هي قبل حصول المقصود بالخلف لان دوام هذا العجز
الى الموت شرط صحة هذا الخلف فان الشيخ الفاني هو الذي يزداد ضعفه كل وقت الى موته واليه اشار بقوله لان شرط
الخلفية استمرار العجز وقوله ومن مات وعليه قضا رمضان اي قرب منه لان الايصا بعد الموت غير متصور وقوله
لانه عجز عن الادا اي اداه استعمل الادا في موضع القضا والعجز عن القضا بحيث لا يرجى في معنى الشيخ الفاني فيلحق
بالطريق الاولى لان عجز الميت الزم ثم لا بد من الايصا لالزام الوارث فاذا لم يوص فللوارث ان يخرجه ولا يلزمه واذا
اوصى اخرج عنه من ثلث المال مقدار صدقة الفطر عند نا خلافا للشافعي في جميع ذلك اما خلافه في المقدار فلان المقدار الواجب
عنده مد واما في الباقين فلانه يعتبر هذا الدين بديون العباد بجامع ان كلا منهما حق مالي يجري فيه النيابة فكما ان ديون العباد
تخرج من جميع المال وان لم يوص فكذلك هذا ولنا انه عبادة وكل ما هو عبادة لا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء دون
الوارثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتدا لان الصوم فعل كلف به وقد سقطت الافعال بالموت فصار الصوم كانه سقط
في حق الدنيا فكانت الوصية بالفدية تبرعا بخلاف دين العباد فانه لا يسقط بالموت لان المقصود هو المال والفعل
غير مقصود لحاجة العباد الى الاموال وكذلك الوصية بالزكاة واذا كان تبرعا يعتبر من الثلث وانما قال ابتدا لانه في الاخرة
يكون عن الواجب على الميت والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ فان النص الوارد في الفدا في الصوم غير معقول
المعنى فالقياس ان لا يقاس عليه لكن النص الوارد فيه يجوز ان يكون معلولا بعلة مشتركة بينه وبين الصلاة وان كان لا نعلمه
والصلاة نظير الصوم بل اهم فامر المشايخ بالفدا فيها احتياطا وموضعه الاصول وقوله في الصحيح احترازا عما قاله محمد بن مقاتل
اولا انه يطعم عنه لصلاة كل يوم نصف صاع على قياس الصوم ثم رجع فقال كل صلاة فرض على حدة بمنزلة صوم يوم وهو
الصحيح لانه احوط وقوله ولا يصوم عنه الولي احترازا عن قول الشافعي رحمه الله فانه يجوز ذلك في قول استدلالا بما روي عن
عايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من مات وعليه صيام صام عنه وليه وهو نص في الباب ولنا حديث
ابن عمر رضي الله عنهما لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد وتاويل حديث عايشة رضي الله عنها فعل عنه ما يقوم مقام
الصوم من الاطعام ان اوصى بذلك وقوله ومن دخل في صوم التطوع ذكرناه في فصل القراة من كتاب الصلاة وقوله ثم
عندنا كانه بيان لمبنى الاختلاف وهو ان الافطار بعد الشروع ليس بمباح بغير عذر عندنا وعنده مباح فاذا كان غير مباح
كان بالافطار جانيا فيلزمه القضا واذا كان مباحا لم يكن جانيا فلا يلزمه القضا وقوله والضيافة عذر يعني على الاظهر
وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ليست بعذر لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعي احدكم فليجب فان كان مفطرا
فليا كل وان كان صايما فليصل اي فليدع لهم ووجه الاظهر ما روي عنه عليه السلام انه كان في ضيافة رجل من الانصار
فامتنع رجل من الاكل وقال اني صايم فقال عليه السلام انما دعاك اخوك لتكرمه فافطر واقض يوما مكانه ومن المشايخ من
قال ان كان صاحب الدعوة يرضى بحضوره ولا يتاذى بترك الاكل لا يفطر وان كان يتاذى يفطر ويقضي وقال في الذخيرة
هذا كله اذا كان الافطار قبل الزوال فاما اذا كان بعد الزوال فلا ينبغي له ان يفطر الا اذا كان في ترك الافطار عقوق
الوالدين او احدهما وقوله واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر الاصل في هذا ان كل من صار في اخر النهار بصفة لو كان عليها
في اوله لزم الصوم فعليه الامساك كالحايض والنفسا تطهران بعد طلوع الفجر او معه والمجنون يفيق والمريض يبرا والمسافر
يقدم بعد الزوال او الاكل والمفطر عمدا او خطا او مكرها او اكل يوم الشك ثم تبين انه من رمضان ثم افطر على ظن غروب
الشمس او تسحر على عدم طلوع الفجر والامر بخلافه ومن لم يكن كذلك لا يجب عليه الامساك كما في حالة الحيض والنفاس
ثم وجوب الامساك انما هو على قول بعض المشايخ وهو اختيار المص على ما يذكره عند قوله اذا قدم المسافر او طهرت الحايض
وقال الشيخ الامام الصفار الصحيح انه على الايجاب لان محمدا رحمه الله ذكر في كتاب الصوم فليصم بقية يومه والامر للوجوب
وقال في الحايض اذا طهرت في بعض النهار فلتدع الاكل والشرب وهذا امر ايجاب وقال بعضهم هو الاستحباب ذكره

محمد بن شجاع لانه مفطر فكيف يجب الكف عن المفطر انه عليه وقال ابو حنيفة رحمه الله في الحايض طهرت في بعض النهار لا يحسن لها ان تشرب وتاكل والناس صيام وواجب عن الثاني بان هذا الامساك ليس بحكم الصوم حتى ينافي الافطار المتقدم وانما هو قضا لحق الوقت بالتشبه ومعنى قول ابي حنيفة لا يحسن يقبح منها وترك القبيح شرعا من الواجبات وقوله ولو افطر فيه اي فيما جاء من يومهما لا قضا عليهما لان الصوم غير واجب فيه بل الامساك هو الواجب ولا قضا الا للصوم وصاما مابعده من الايام لتحقق السبب وهو شهود الشهر والاهلية بالاسلام والبلوغ ولم يقضيا يومهما يعني اذا امسكا بقية النهار وانما قلت هذا لئلا يتكرر مع قوله ولا قضا عليهما وقوله ولا ما مضى اي لم يقضيا ما مضى من الايام قبل البلوغ والاسلام لعدم الخطاب لانه انما يكون عند الاهلية وكانت منتفية قبلهما فان قيل انتفا الاهلية في اول النهار لا يمنع وجوب القضا فان المجنون اذا افاق في يوم رمضان قبل الزوال ولا اكل ونوى الصوم يقع على الفرض ولو افطر وجب عليه القضا مع ان الصوم لم يكن واجبا عليه وقت طلوع الفجر اجيب بانا لا نسلم ان الوجوب لم يكن ثابتا عليه في ذلك الوقت بل الوجوب في حقه كان ثابتا الا انه لم يظهر اثره عند الاستغراق فاذا لم يستغرق ظهر اثر الوجوب وقوله وهذا اليه ما ذكرنا من عدم وجوب قضا صوم ذلك اليوم الذي بلغ فيه الصبي او اسلم الكافر بخلاف الصلاة حيث يجب قضاوها اذا بلغ او اسلم لا ذكره في الكتاب وهذا اوضح وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال فعليهما القضا لما ذكره فيه وهو يظهر من اصبح ناويا للفطر ثم نوى قبل الزوال اجزاه ولا شك ان نية الفطر منافية للصوم لكنها منافية حكما لا حقيقة فلا يمنع نية الصوم قبل الزوال وكذلك الكفر مناف للصوم حكما لا حقيقة وخلله ظاهر لان فيه مساواة الاهل وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب ومبناه كما ترى على التجزي بين من له الاهلية وفاقدها واكثر المشايخ على التوقف بينهما في النفل ايضا فالصبي اذا بلغ قبل الزوال ونوى صوم النفل صح والكافر اذا اسلم وفعل ذلك لا يصح وذكر في الجامع الصغير انهما في نية صحة التطوع سوا فكان الاختلاف في النفل كالاختلاف في الفرض وقوله واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم قبل الزوال فنوى الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب لانها بالذمة الصالحة للوجوب وهو ثابت في حقه ولا صحة الشروع لانه لو صام صح وان كان في رمضان يعني المسافر الذي نوى الافطار فعليه ان يصوم لزوال المرخص وهو السفر في وقت النية لان فرض المسئلة فيما اذا قدم قبل انتصاف النهار وقيل في كلام المصنف تكرار لان المسئلتين كلتيهما في مسافر قدم المصر في رمضان قبل الزوال واجيب بان المسئلة الاولى في غير رمضان ورد بان قوله لا ينافي اهلية الوجوب يأباه لانه لا يستعمل في غير الفرض واجيب بان معناه لا ينافي اهلية الثبوت وفيه بعد وبان معناه المعنى المصطلح والصوم هو ان يكون بدار متعبا وصورته نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنذر ان يكون ذلك اليوم ونواه اجزاه فكانت الاولى في غير رمضان والثانية فيه فلا تكرار وقوله هذا اولى قيل في وجه الاولوية ان المرخص وهو السفر قايم وقت الافطار في تلك المسئلة ومع ذلك لم يبح له الافطار فلان لا يباح في هذه المسئلة وهو ليس بقايم فيه اولى وقوله في المسئلتين يعني مسافرا اقام ومقيما سافر فان قلت ومن اغمي عليه الاغما اما ان يكون مستغرقا اولا والثاني اما ان يحدث في اول ليلة او في غيرها فان كان في غيرها سوا كان ليلا او نهارا لا يقضي صوم ذلك اليوم الذي حصل فيه او في ليلة الاغما وكذا اذا كان في اول ليلة لان الامساك موجود لا محالة وكذا النية ظاهرا لان ظاهر حال المسلم في ليالي رمضان عدم الخلو عن النية والاول يقضيه كله لما ذكر من قوله لانه نوع مرض الى اخره وكلامه واضح وقوله ومن جن في رمضان كله فان شمس الايمة الحلواني المراد بقوله جن كله ما يمكنه الصوم فيه ابتدا حتى لو افاق بعد الزوال من اليوم الاخير من شهر رمضان لم يلزمه القضا لان الصوم لا يصح فيه كالليل هو الصحيح وقوله هو تعيين بالاغما يعني من حيث ان الجنون مرض يخل العقل فيكون عذرا في التاخير الى زواله لا في الاسقاط كما في الاغما وقوله ولنا ظاهر وقوله مما يقولا ان لم يجب عليه الادا اي اداء ذلك البعض لانعدام الاهلية وكل من لم يجب عليه الادا لم يجب عليه القضا لان القضا مرتب عليه وصار كالمستوعب فان المستوعب منه منع القضا في الكل فاذا وجد في البعض شيء بقدره اعتبارا للبعض بالكل ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر اي بعضه لان السبب لو كان كله لوقع الصوم في سواه وكان تقديره الاية والله اعلم فمن شهد منكم بعض الشهر فليصم الشهر كله لان الضمير يرجع الى المذكور دون المضمر والجنون الذي لم يستغرق جنونه الشهر قد شهد بعض الشهر فيصوم كله فان قيل يجوز ان يمنع عن ذلك مانع وهو عدم الاهلية فيما مضى اجاب بان الاهلية بالوجوب بالذمة وهو كونه اهلا للايجاب والاستيجاب وهي موجودة لانها بالادمية فان قيل لو كان ما ذكرتم صحيحا لوجب على المستوعب ايضا اجاب بقوله وفي الوجوب فايدة وهو اي الفايدة بيانا وبيان المذكور صيرورته مطلوبا على وجه لا حرج في ادايه والمستوعب ليس كذلك لانه يحرج في الادا فلا فايدة في الوجوب لانه لو وجب لسقط بسبب الحرج بعد الوجوب فصار كالصبي لان الصبا لما كان ممتدا كان في الايجاب عليه حرج وهو مسقط فلا فايدة فيه والحاصل ان الوجوب في الذمة لا ينعدم بسبب الاغما والصبي والجنون الا ان الاغما لا يطول عادة فلا يسقط القضا والصبا يطول فيسقط دفعا للحرج والجنون يطول ويقصر فاذا طال التحق بالصبا

واذا

واذا لم يطل التحق بالاغما والطويل في الصوم ان يستوعب الشهر كله وفي الصلاة ان يزيد على يوم وليلة ثم لا فرق بين الجنون الاصلي وهو ان يبلغ مجنونا والعارض وهو ان يبلغ عاقلا ثم جن قيل هذا اي عدم الفرق بين الجنونين ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما ثم قال ان بلغ مجنونا ثم افاق في بعض الشهر ليس عليه قضا ما مضى لان ابتدا الخطاب يتوجه اليه الان فصار كصبي بلغ وروى هشام عن ابي يوسف انه قال في القياس لا قضا عليه ولكني استحسن فاوجب عليه قضا ما مضى من الشهر لان الجنون الاصلي لا يفارق العارضي في شيء من الاحكام وليس فيه رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه واختلف فيه المتاخرون على قياس مذهبه والاصح انه ليس عليه قضا ما مضى كذا في المبسوط واليه اشار بقوله هذا اي المروي عن محمد مختار بعض المتاخرين منهم الامام ابو عبد الله الجرجاني والامام الرستغفني والزاهد الصفار رحمهم الله وقوله ولم ينو في رمضان يعني امسك عن المفطرات لكنه لم ينو صوما ولا فطرا فعليه قضاوه قالوا هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير ولا بد لها من تاويل لان دلالة حال المسلم فيه كافية لوجود النية كما في مغمى عليه في رمضان يحيل حاليا يوم اغمي عليه لان ظاهر حاله عدم الخلو عن النية وان لم يعرف منه واولوا بان يكون مريضا او مسافرا او متهتكا كما اعتاد الاكل في رمضان فلم يصلح حاله دليلا على نية الصوم كذا ذكره فخر الاسلام وارى انه ليس بحتاج الى التاويل لان حال المسلم دليله اذا لم يعرف منه كما في المغمى عليه والغرض في هذه المسئلة العلم بانه لم ينو شيئا باختياره بذلك والدلالة انما تعتبر اذا لم يخالفها صريح وقال زفر يكون صايما ولا قضا عليه لان صوم رمضان يتادى بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه اداه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير وهكذا روي عن عطا ومكحول ان يكون مذهبا لزفر وقال المذهب عنده ان صوم الشهر كله يتادى بنية واحدة كما هو قول مالك وقال ابو اليسر هذا قول لزفر في صغره ثم رجع عنه وانما قيد بالصحيح المقيم نفيا لما يجوز به صرف الامساك الى غيره لينتفي الجهة والغرض بان هبة النصاب قصرا واحدا لا يجوز عنده على ما مر في وجه ما في الكتاب واجيب بان معناه على قود مذهبكم وبانا نعلم ان يكون الفقير مدبونا فان وقع النصاب اليه جاز بالاتفاق ويجوز ان يقال المراد بالفقير الجنس فكان الرفع متفقا ولنا ان المستحق هو الامساك عبادة ولا امساك عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب قد وجدت النية كما مر في الزكاة ومن اصبح غير ناو للصوم فافطر قبل الزوال او بعده فلا كفارة عليه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال زفر عليه الكفارة لانه يتادى عنده بغير النية وقد افسد المستحق عليه شرعا فتجب الكفارة كما لو نوى وقال ابو يوسف وفخر الاسلام جعل هذا قول ابو يوسف خاصة اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل لكونه وقت النية فصار كغاصب الغاصب فان المالك اذا ضمنه فانما يضمنه لتفويت الامكان وتفويت امكان التي لتفويته لا يقال لا نسلم ان التضمين لم لا يكون للاستهلاك او للغصب نفسه من الغاصب لان الاستهلاك شرط التفويت ولا يضاف الحكم الى الشرط مع قيام صاحب العلة ولم يتحقق الغصب لانه ما ازال اليدا المحقة فلم يكن الا للتفويت ووجه قول ابي حنيفة ظاهر مكشوف واما ما قاله من تفويت الامكان فهو مستقيم وغيرها يندري بالشبهات في باب العدوان وقوله واذا حاضت المراة او نفست بفتح النون اي صارت نفسا وكلامه واضح وقوله واذا قدم المسافر فقد قدمنا الاصل الجامع لهذه الفروع وكلامه كما ترى يشير الى اختياره وجوب الامساك اذ لو لم يكن كذلك لارتفع الخلاف فان الشافعي رحمه الله يقول بعدم الوجوب بنا على ان التشبه خلف والخلف لا يجب الا على من يجب عليه الاصل كالمفطر متعمدا والمخطي يعني الذي اكل يوم الشك فظهر على انه من رمضان او تسحر على ظن انه ليل وكان الفجر طالعا لا الذي اخطا في المضمضة ونزل الما في جوفه فانه لا يفطر عنده قلنا لا نسلم ان التشبه خلف لان بعض الشي لا يكون خلفا عن الكل بل وجب قضا لحق اليوم اجلالا لان هذا اليوم معظم ولذا اوجب الكفارة على المفطر فيه عمدا دون غيره وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من تقرب فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن ادى فريضة فيما سواه ومن كان معطلا وجب قضا حقه بالصوم ان كان اهلا وبالامساك ان لم يكن واذا لم يكن خلفا لا يكون وجوبه مبنيا على وجوب الاصل بخلاف الحايض والنفسا والمريض والمسافر لا يجب عليهم الامساك لتحقق المانع عنه وهو قيام هذه الاعذار فانها كما تمنع عن الصوم تمنع عن التشبه به اما في الحايض والنفسا فلان الصوم عليهما حرام والتشبه بالحرام حرام واما في المريض والمسافر فلان الرخصة في حقهما باعتبار الحرج ولو الزمنا التشبه عاد على موضوعه بالنقض فان واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع ومن اخطا في الفطر بنا على ظنه فسد صومه ولزمه امساك بقية يومه ووجب عليه القضا ولا يجب عليه الكفارة ولا اثم به اما فساد صومه فلانتفا ركنه بخلط يمكن الاحتراز عنه في الجملة بخلاف النسيان واما امساك البقية فلقضا حق الوقت بالقدر الممكن كما ذكرنا انفا او لنفي التهمة فانه اذا اكل ولا عذر به اتهم الناس بالفسق والتحرز عن مواضع التهمة واجب بالحديث واما مواضع القضا فلانه حق مضمون بالمثل شرعا فاذا فوته قضاه كالمريض والمسافر واما عدم الكفارة فلان الجناية قاصرة لعدم القصد وبعضده ما روي عن عمر رضي الله عنه في رحبة الكوفة عند الغروب في شهر رمضان فاتي بعس من لبن فشرب منه هو واصحابه وامر الموذن ان يوذن فلما رقي الميذنة

الشمس لم تغب فقال الشمس يا امير المومنين فقال عمر بعثناك داعيا ولم نبعثك راعيا ما نجانف لاثم قضا يوم علينا يسير وفيه دلالة
على لزوم القضا وعدم الاثم وان جعلت الموضع موضع بيان ما يجب في مثله دل على عدم الكفارة ايضا لان السكوت
في موضع الحاجة الى البيان والحنف الميل فان قيل ما يدل عليه عبارة الكتاب هو ما يكون ظانا فما حكم الشك في ذلك
فالجواب انه اذا شك في طلوع الفجر لا تجب عليه الكفارة واذا شك في غروب الشمس وجبت والفرق على انه اذا شك في غروب
الشمس فافطر فقد كمل الفطر على سبيل التعدي لانه كان متيقنا بالنهار شاكا بالليل واليقين لا يزول بالشك وفي طلوع
الفجر بالعكس وفي كلام المص تصريح بذلك ولكنه قال ينبغي ان تجب الكفارة لان فيه اختلاف المشايخ وقوله والمراد بالفجر
ظاهر وقوله ثم تسحر السحر اخر الليل عن الثلث الاواخر السدس الاخر والسحور هو اسم لما يوكل في ذلك الوقت وقوله
عليه السلام فان في السحور بركة اي في اكله والمراد بالبركة زيادة القوة على اداء الصوم ويجوز ان يكون المراد نيل زيادة
الثواب لاستنانه بسنن المرسلين ثم تاخير اكل السحور مستحب في مستحب لان نفس التسحر مستحب ايضا فكان التاخير
مستحبا في مستحب قال عليه السلام ثلاث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور والسواك واما قيل ما
وجه جعل تاخير السحور من اخلاق المرسلين وهو مخصوص به وبامته عليه السلام فان النبي عليه السلام قال فرق ما بين
صيامنا وصيام اهل الكتاب اكل السحور اجيب بان المراد به الاكلة الثانية فانها كانت تجري مجرى السحور في حقهم ويجوز
ان يقال لا منافاة بين الحديثين فان الاول يدل على انه من اخلاق المرسلين والثاني يدل على ان اهل الكتاب
ما كانوا يتسحرون وهذا غير الاول لجواز ان يكون انبيا وهم يتحرون وقوله الا انه اذا شك في الفجر ظاهر وقوله
وعلى ظاهر الرواية لا قضا عليه هو الصحيح لان الليل هو الاصل فلا ينتقل عنه الا بيقين واكثر الراي ليس كذلك
وقوله رواية واحدة قال في النهاية اي فعليه القضا والكفارة لان النهار كان ثابتا وقد انضم اليه اكثر الراي
فصار بمنزلة اليقين وقد اشرنا اليه في الجواب المذكور وانما قال رواية واحدة احترازا عما اذا كان اكبر رايه
ان الفجر طالع لان فيه روايتين كما ذكرنا انفا وقوله ومن ذكر اكل في رمضان ناسيا ظاهر لان الاشتباه استند
الى القياس لان القياس الصحيح يقتضي ان لا يبقى الصوم بانتفا ركنه بالاكل ناسيا فاذا اكل بعده عامدا لابقا
فعله الصوم فلا يجب عليه الكفارة وقوله لانه لا اشتباه يعني اذا علم الحديث علم ان القياس متروك والمتروك
لا يورث شبهة فلا شبهة وقوله وجه الاول يعني عدم وجوب الكفارة قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس
وهذا لان الشبهة الحكمية هي الشبهة في المحل وهي التي تحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على
ظن الجاني واعتقاده كما سيجي في كتاب الحدود والقياس دليل قايم بنفي حرمة الاكل الثاني سوا علم ذلك او لم
يعلم كوطي الاب جارية ابنه فانه لا يجب به الحد سوا كان الاب عالما بالحرمة او لا وقوله ولو احتجم صورته ظاهرة
و لان الظن ما استند الى دليل شرعي فان الحجامة كالفصد في خروج الدم من العروق والفصد لا يفسد
فكذلك الحجامة لا يقال لم لا يجوز ان يكون كدم الحيض والنفاس فانه ليس فيه وصول شي الى باطنه ولا قضا شهوة
ومع ذلك يفسد الصوم لان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس كالاستقا فان قيل فليكن الحجامة كذلك بقوله
صلى الله عليه وسلم افطر الحاجم والمحجوم اجيب بانه عليه السلام احتجم وهو صايم رواه ابن عباس رضي الله عنهما وروى
ايضا احتجم عليه السلام وهو محرم صايم بين مكة والمدينة فكان الحديث معارضا به فلا يثبت به شي لا يقال ما رواه
ابن عباس رضي الله عنهما حكاية حال والقول راجح لان القول انما يكون راجحا اذا لم يمكن ما ولا وهذا اصول على
ما نذكر وقوله الا اذا افتاه فقيه يعني حينئذ لا يجب عليه الكفارة والفقيه يوخذ منه الفقه ويعتمد على فتواه
في البلد هكذا روى الحسن عن ابي حنيفة وبشر بن الوليد عن ابي يوسف وابن رستم عن محمد رحمه الله لان الفتوى
دليل شرعي في حقه فيصير شبهة وان بلغه الحديث وهو قوله عليه السلام افطر الحاجم والمحجوم روي بالواو وبغيره
بنصب المحجوم واعتمده فكذا عند محمد لا يجب عليه الكفارة لان قول الرسول لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف
خلاف ذلك يعني لا تسقط الكفارة لان على العامي الاقتدا بالفقها لعدم الاهتدا في حقه الى معرفة الاحاديث
لجواز ان يكون مصروفا عن ظاهره او منسوخا وان عرف تاويله وهو ان النبي عليه السلام مر بهما وهما معقل بن سنان
مع حاجمه وهما يغتابان اخر فقال عليه السلام افطر الحاجم والمحجوم اي ذهب ثواب صومهما الغيبة وقيل انه غشي على المحجوم
فصب الحاجم الماء في حلقه فقال عليه السلام افطر الحاجم المحجوم اي فطره بما صنعه به فوقع عند الراوي انه قال افطر
الحاجم والمحجوم تجب الكفارة لانتفا الشبهة لان اثباتها من الاعتماد على الظاهر وقد زال بمعرفة التاويل فان قيل لا نسلم
ان منشا الشبهة ذلك وحده بل قول الاوزاعي بذلك منشاها ايضا اجاب بان قول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته
القياس فان الفطر مما يدخل الا ما يخرج بخلاف قول مالك رحمه الله في اكل الناسي لا يقال في عبارته تناقض لانه قال الا اذا
افتاه فقيه وفتواه لا يكون الا بقوله ثم قال وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة وايضا الفتوى في هذا الباب لا يكون
مخالفا للقياس فكيف يكون شبهة من غير الاوزاعي دونه لانا نقول ذلك بالنسبة الى العامي وهذا بالنسبة الى من عرف

التاويل ولو اكل بعد ما اغتاب متعمدا فعليه القضا والكفارة كيف ما كان اي سوا بلغه الحديث او لم يبلغه عرف تاويله
او لم يعرف افتاه مفت او لم يفت لان الفطر بها يخالف القياس والحديث وهو قوله عليه السلام الغيبة تفطر الصايم ماول
بالاجماع بان المراد به الثواب فلم يوجد الدليل النافي للحرمة في ذاته فلا يكون شبهة بخلاف حديث الحجامة فان بعض
العلما اخذ بظاهره من غير تاويل وقوله واذا جومعت النايمة او المجنونة اما صوم النايمة فظاهر واما المجنونة فقد
تكلموا في صحة صومها فانها لا تجامع مع الجنون وحكي عن ابي سليمان الجوزجاني رحمه الله قال لما قرات هذه المسلة
على محمد قلت له كيف تكون صايمة وهي مجنونة فقال لي دع هذا فانه انتشر في الافاق فمن المشايخ من قال كانه كتب في الاصل
مجبورة فظن الكاتب مجنونة ولهذا قال دع فانه انتشر في الافاق واكثرهم قالوا تاويله انها كانت عاقلة بالغة في
اول النهار ثم انها جنت فجامعها زوجها ثم افاقت وعلمت بما فعل بها زوجها وقال زفر والشافعي لا قضا عليهما الحاقا
بالناسي لان العذر فيهما ابلغ لعدم القصد ولنا ان الالحاق انما يصح ان لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك لان النسيان
يغلب وجوده فيفضي الى الحرج وهذا الجماع النايمة والمجنونة نادر فالقضا لا يفضي الى الحرج ولا تجب الكفارة
لانعدام الجناية بعدم القصد فصل فيما يوجبه على نفسه لما فرغ من بيان ما اوجب الله على العباد
شرع الان في بيان ما يوجب العبد على نفسه لانه فرع على الاول ولهذا اشترط ان يكون من جنس ما اوجبه الله وان
لا يكون واجبا بايجاب الله واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقال زفر والشافعي لا يصح نذره وهو رواية ابن المبارك عن
ابي حنيفة لان هذا النذر بالمعصية لورود النهي عن صوم هذه الايام قال النبي صلى الله عليه وسلم الا لا تصوموا في هذه الايام
الحديث والنذر بالمعصية غير صحيح لقوله عليه السلام لا نذر في معصية الله ولنا ان هذا نذر بصوم مشروع لان الدليل الدال
على شروعيته وهو كونه كفا للنفس التي هي عدو الله عن شهواتها لا يفصل بين يوم ويوم وكان من حقيقته حسنا مشروعا
والنذر بما هو مشروع جايز وما ذكرتم من النهي فانما هو لغيره المجاور وهو ترك اجابة دعوة الله لان الناس في ضيافة الله في
هذه الايام يستلزم ترك اجابة الدعوة البتة وترك الدعوة منهي عنه قبيح بعينه فما يستلزمه كذلك والجواب انا لا نسلم ذلك
فانه لو امسك حمية او لضعف او لعدم ما ياكله لا يكون تاركا للاجابة فان قيل الامساك عبادة يستلزمه قلنا كان ذلك
قولا بالوجه والاعتبار وعلى تقدير تسليم صحته قلنا ان يقول هذا الصوم من حيث انه ترك اجابة دعوة الله قبيح ومن حيث انه
نهي للنفس الامارة بالسو على قصد التقرب به فيصح النذر لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا
للواجب وان صام فيه خرج عن العهدة لانه اداه كما التزمه فانما وجب ناقصا يجوز ان يتادى ناقصا فان قلت ما سمي
المص هذا النوع من القبيح مجاورا وهو على خلاف ما في كتب اصحابنا في اصول الفقه قاطبة فانهم سموه بالمتصل واما
المجاور فمثل البيع عند اذان الجمعة قلت سوال حسن وليقتضي عن عهدة جوابه مشكل وتقريره كما قال كاف لتقريره
فليطلب به فانه من مباحث الاصول قال وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين هذه المسلة على ستة وجوه والجميع
مذكور في الكتاب وهي الثلاثة الاولى وهي ما اذا لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا
يكون نذرا بالاجماع وفي الواحد يكون يمينا بالاجماع وهو ما اذا نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا وفي الاثنين
وهو ان ينويهما او نوى اليمين لا غير يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف في الاول
نذر وفي الثاني يمين ثم في الوجوه الاربعة المتفق عليها ظاهره وكفى بعدم المنازع دليلا واما وجه الباقيين فلابي يوسف
ان النذر فيه اي في هذا الكلام حقيقة لعدم توقفه على النية واليمين مجاز لتوقفه عليها واللفظ الواحد لا ينتظم
الحقيقة والمجاز فاذا نواهما فالحقيقة مراده فلا يكون المجاز مرادا واذا نوى اليمين تعين المجاز بنيته فلا يكون
الحقيقة مرادة ولهما انه لا تنافي بين الجهتين يعني انه ليس منا بالجمع بين الحقيقة والمجاز لان قوله لله علي صوم النحر
موضوع للوجوب ومستعمل في الوجوب وليس مستعمل في غير الوجوب ايضا حتى يستلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز غير انه
مستعمل فيه من جهتين لا تنافي بينهما فتشابه احديهما من النذر لانه يقتضيه بصيغته ولهذا يجب القضا اذا نواه والاخرى
من اليمين لانه يقتضيه بغيره وهو صيانة اسم الله عن الهتك ولهذا لا يوجب القضا بل الكفارة وكل واحد من
بين دليل شرعي يجب العمل به اذا امكن والعمل بهما ممكن لعدم التنافي بينهما فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي
التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض هذا الذي ظهر لي من كلامه في هذا الموضع وللناس في تحقيق هذه المسلة على
مذهبهما انواع من التوجيهات فمن شوق اليها طالع التقرير قوله ولو قال لله علي صوم سنة فلا يخلو
اما ان عينها بقوله هذه السنة او اطلقها بان قال سنة فان كان الاول لزمه صوم السنة الا انه افطر الايام الخمسة
وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام ولم يجب عليه قضا رمضان لان صومه لم يجب بهذا النذر ولو
صام الايام الخمس جاز لما تقدم وان كان الثاني فاما ان يشترط التتابع او لا فان اشترطه فحكمه حكم المعينة وان لم يشترطه
لم يجزه صوم هذه الايام ويقضي خمسة وثلاثين يوما للايام الخمسة وثلاثين لرمضان وكلامه واضح ومبنى جواز صوم هذه
الايام وعدم جوازه انما وجب كاملا لا يتادى ناقصا وما وجب ناقصا جاز ان يتادى ناقصا وقوله والفرق لابي حنيفة

ظاهر الرواية يعني عنهما بين النذر والشروع في الصوم وبين الشروع في الصوم والشروع في الصلاة في الاوقات المكروهة
فان في النذر يلزم القضا وفي الشروع في الصوم لا يلزم وفي الصلاة يلزمه اذا افسدها وحاصل الفرق بين النذر والشروع في
الصوم ان الشروع احداث الفعل في الخارج وهو لا ينفك عن ارتكاب المنهي عنه وهو ترك اجابة الدعوة فيجب
ابطاله فلا تجب صيانته ووجوب القضا مبني على وجوب الصيانة واما النذر فانما هو ايجاب في الذمة وهو امر عقلي
وجاز للعقل ان يجرد الاصل عن الوصف فلم يكن مرتكبا للمنهي عنه واما الشروع في الصلاة في الاوقات المكروهة
فانما صار موجبا للقضا لان ما شرع فيه لا يكون صلاة حتى يكون ركعة ولهذا لا يحنث الحالف على الصلاة فلم يكن الشروع
في الابتداء احداثا لفعل الصلاة في الخارج فكان كالنذر في الانفصال عن ارتكاب المنهي عنه فيجب الصيانة والقضا
بيتوسها هذا ما سنح لي في توجيه كلامه والله اعلم

باب الاعتكاف

وجه تقديم الصوم على الاعتكاف وجه
تقديم الصلاة وبين صفته قبل بيان تفسيره لانها اهم من حيث علم الفقه فان قيل المواظبة بينة من غير ترك قالت عائشة
رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعتكف في العشر الاواخر من رمضان حين قدم المدينة الى ان توفي اجيب
بانه عليه السلام لم ينكر على من تركه ولو كان واجبا لانكر فكانت المواظبة بلا ترك معارضا بترك الانكار وتفسيره لغة
الاحتباس لانه من العكوف وهو الحبس ومنه قوله تعالى والهدي معكوفا واما تفسيره شريعة فما ذكره انه اللبث في المسجد مع
الصوم ونية الاعتكاف وهو مركب من ركنه وهو اللبث لانه ينبئ عنه لغة كما ذكرنا وبعض شرائطه وهو الصوم والنية
اما النية فهي شرط في جميع العبادات واما الصوم فهو شرط عندنا خلافا للشافعي هو يقول الصوم عبادة هو اصل بنفسه
وهو ظاهر وكل ما هو كذلك لا يكون شرطا لغيره والا لا يكون اصلا بنفسه كما فرضنا اصلا لا يكون اصلا هذا خلف باطل لنا
قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم رواته عائشة رضي الله عنها والقياس في مقابلة النص المنقول غير معقول وفيه بحث
من وجهين احدهما ان الله تعالى شرع الاعتكاف مطلقا بقوله ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد فاشتراط
الصوم زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ لا يجوز والثاني ان الاعتكاف يتحقق في الليالي والصوم فيها غير مشروع وفي ذلك
تحقق المشروط بدون الشرط وهو باطل فدل على انه ليس بشرط واجيب عن الاول بان الامساك عن الجماع ثبت شرطا لصحة
الاعتكاف بهذا النص القطعي وهو احد ركني الصوم فالحق به الركن الاخر وهو الامساك عن شهوة البطن بالدلالة
لاستوائهما في الحظر والاباحة كما الحق الجماع بالاكل والشرب ناسيا في حق بقا الصوم بالدلالة لهذا المعنى ثم لما ثبت وجوب
الامساكين على المعتكف عن الشهوتين بنص الله تعالى كان صوما وعن الثاني بان الشروط انما تثبت بحسب الامكان فان المراة من
عليها صوم شهر متتابعا لم ينقطع التتابع بعذر الحيض والصوم في الليالي غير ممكن وقوله ثم الصوم شرط لصحة الواجب
منه رواية واحدة ان ليس فيه اختلاف الروايات يعني في جميع الروايات وقوله وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم
يتيه اي انه لو صام يوما تطوعا ثم قال قبل انتصاف النهار علي اعتكاف هذا اليوم لا يكون عليه شي لان صومه انعقد
تطوعا فتعذر جعله واجبا بنذر الاعتكاف وقوله وفي رواية الاصل قال الواجبي ظاهر الرواية عن علمائنا الثلثة وقوله
لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا يفهم منه الفرق بين من شرع في الاعتكاف والصوم والصلاة متطوعا حيث لم
يجب عليه شي في الاول لكونه غير مقدر ووجب عليه في الاخرين لان الصوم مقدر بيوم والصلاة بركعتين وقوله ثم الاعتكاف
لا يصح الا في مسجد الجماعة هذا ايضا من شروط جوازه ومسجد الجماعة هو ما يكون له امام ومؤذن اديت فيه الصلوات
الخمس او لا لقول حذيفة بن اليمان رضي الله عنه لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنهما
انه لا يصح الا في مسجد تصلى فيه الصلوات الخمس لما ذكر في الكتاب وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي افضل الاعتكاف
ان يكون في المسجد الحرام ثم في مسجد المدينة وهو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم في مسجد بيت المقدس ثم في المساجد العظام
التي كثر اهلها اما المراة فتعتكف في مسجد بيتها هذا عندنا وقال الشافعي لا اعتكاف للرجال والنساء الا في المسجد
جماعة لان المقصود من الاعتكاف تعظيم البقعة فيختص ببقعة شرعا وهو لا يوجد في مساجد البيوت ولنا ان موضع
اداء الاعتكاف في حقها الموضع الذي يكون صلاتها فيه افضل كما في حق الرجل وصلاتها في مسجد بيتها افضل فكان
موضع الاعتكاف مسجد بيتها قال ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة كلامه واضح الا قوله لانه يمكنه الاعتكاف
في الجامع فانه ان كان اعتكافه دون سبعة ايام اعتكف في اي مسجد شا وان كان سبعة فصاعدا اعتكف في مسجد الجماعة
فلم يتحقق الضرورة المطلقة للخروج ولنا ان الدليل قد دل على ان الاعتكاف في كل مسجد مشروع واذا صح الشروع تحققت الضرورة
المطلقة للخروج اليها لان تركها معصية لا للاعتكاف وقوله لا يجوز لكونه دونها في الوجوب لكونها وجبت بايجاب الله وهو
واجب بايجاب العبد وليس للعبد استقلالا ما وجب بايجاب الله تعالى بايجابه فلا تمه في مسجد من غير ضرورة وقيد بذلك
لانه اذا كان ثمة ضرورة كما اعتكف في مسجد فهدم جاز له الخروج الى مسجد اخر لانه مضطر الى الخروج فكان عفوا وقوله
وهو القياس لان ركن الاعتكاف هو اللبث في المسجد والخروج مفوت له فكان القليل والكثير سوا كالاكل في الصوم والحدث
في الصلاة الطهارة وقوله لان في القليل ضرورة بيانه ان المعتكف اذا خرج لحاجة الانسان لا يؤمر بان يسرع في المشي وله ان يمشي

على

على التودة فكان القليل عفوا والكثير ليس بعفو فجعلنا الحد الفاصل بينهما الاكثر من نصف يوم اعتبارا بالنية في رمضان اذا وجدت
نية الصوم في اكثر اليوم جعلت كانها وجدت في جميع اليوم لان القليل تابع للاكثر وقوله اكله الخ ماوي الا المسجد يعني في غالب احواله لم
يذكر ان يكون الاكل فيه حينئذ وقوله ولا باس بان يبيع ويبتاع يعني ما كان من الحوايج الضرورية الاصلية واما ما كان للتجارة فهو مكروه
الا ترى الى قوله للمعتكف البيع والشرا فيه فاذا كان لغير المعتكف مكروها فما ظنك بالمعتكف وقوله ولا يتكلم الا بخير يعني ان
التكلم بالشر في المعتكف اشد حرمة منه في غيره فكان من قبيل قوله تعالى فلا تظلموا فيهن انفسكم فان الظلم وان كان حراما
مطلقا لكنه قيده بالاشهر لانه فيها اشد حرمة وقوله ويكره له الصمت قيل معناه ان ينذر ان لا يتكلم كما كان في شريعة
من قبلنا وقيل يصمت ولا يتكلم اصلا من غير نذر سابق وقيل معناه ان ينوي الصوم المعهود وهو الامساك عن
المفطرات الثلث مع نية ان لا يتكلم وهذا موافق للتعليل المذكور في الكتاب بقوله لان صوم الصمت ليس بقربة فانه
روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه عن عدي بن ثابت عن ابي حازم عن ابي هريرة رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن صوم الوصال وصوم الصمت فقال الراوي وهو زكريا بن ابي زايدة قلت لابي حنيفة ما صوم الصمت قال
ان تصوم ولا تكلم احدا في يوم الصوم وقوله تجتنب ما يكون مائما اي اثما بقوله يكره له الصمت لا يقال في عبارته
تسامح لان قوله ولا يتكلم الا بخير يقتضي حصر ان يكون الكلام بخير وقوله يجتنب ما يكون مائما يقتضي جواز التكلم بما
هو مباح وذلك مناقض لانا نقول ما ليس بمائم فهو خير عند الحاجة اليه لان الخير عبارة عن الشي الحاصل لما من شانه ان
يكون حاصلا له اذا كان مؤثرا والتكلم بالمباح عند الحاجة كذلك وقوله ويحرم على المعتكف الوطي يحتاج الى تاويل لان المعتكف
انما يكون في المسجد فلا يتهيا له الوطي واولوه بانه جاز له الخروج للحاجة الانسانية فعند ذلك يحرم عليه الوطي لان اسم المعتكف
لا يزول عنه بذلك الخروج وذكر في شرح التاويلات انهم كانوا يخرجون ويقضون حاجتهم في الجماع ثم يغتسلون ويرجعون
الى معتكفهم فنزل قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد وكذلك المس والقبلة لانه اي كل واحد من
المس والقبلة من دواعي الجماع لانه اي الجماع محظور الاعتكاف كما انه محظور الاحرام فكانت الدواعي محرمة فان قيل
الجماع يفسد الصوم كما انه يفسد الاعتكاف اجاب بقوله بخلاف الصوم لان الكف اي الكف عن الجماع ركنه لا محظوره فلم
يتعد الى دواعيه ولان الذي يحصل لمطلب الركن واقصى ما ينتهي اليه العذر ان قالوا الوطي محظور الاعتكاف
لان محظور الشي ما نهي عنه بعد وجوده مما يفسده والوطي في الاعتكاف كذلك لانه اللبث في مسجد الجماعة مع الصوم
والنية هذا حقيقته ثم نهي المعتكف ان يرتكب الوطي وهو معتكف تصريحا بقوله تعالى ولا تباشروهن فهو مقصودا
فتعدت الحرمة الى الدواعي لان الشبهة في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة كما قلنا في الاحرام ان حقيقته التلبية باللسان
والقلب ثم بعد ما وجد ذلك صار الوطي حراما بقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فتعدت الحرمة الى
الدواعي يحرم المس والقبلة واما الصوم فالوطي ليس بمحظور على ما ذكرنا من تفسير المحظور فان ركن الصوم الكف
عن الوطي ثبت بقوله تعالى ثم اتموا الصيام بعد قوله فالان باشروهن حتى يتبين لكم الخيط الابيض الاية وثبت
اذ ذاك حرمة الجماع المفوت للركن وهو الكف بالنهي الثابت بالامر ضمنا لا مقصودا ضرورة بقا الركن والضروري
لا يتعدى عن محله فبقيت الدواعي على ما كانت عليه من الحل واعترض بان ظاهر هذا الكلام يدل على ان النهي الضمني
لا يقتضي حرمة الدواعي والقصدي يقتضيها وهو منتقض بالنهي عن الوطي حالة الحيض فانه قصدي لذلك بقوله
تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن ولم يحرم الدواعي واجيب بانها لم يحرم فيها لئلا يفضي الى الحرج بكثرة وقوع الحيض ويجوز
ان يجاب ايضا بان مبنى الكلام على ما كان حكمه محظورا على ما عرفت من تفسيره هو الذي يتعدى والوطي حالة الحيض
ليس كذلك هذا اولى وراعباد ان قربه وقوله فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا يعني انزل او لم ينزل بطل اعتكافه
لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم فان الليل ليس محلا له فان قيل الاعتكاف فرع على الصوم والفرع ملحق
بالاصل في حكمه [illegible] ناسيا في نهار رمضان لم يفسد الصوم فكيف يفسد الاعتكاف اجاب بقوله وحالة العاكفين
مذكرة فلا يعذر بالنسيان بخلاف الصوم فانه لا مذكر فيه فان قيل فكان الواجب ان يفسد بالاكل ناسيا كالجماع اجيب
بان حرمة الاكل ليست لاجل الاعتكاف بل لاجل الصوم بخلاف الجماع فان حرمته لاجل الاعتكاف نفسه فكان كالجماع
في الاحرام يستوي فيه القاصد وغيره ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس فانزل بطل اعتكافه لانه في معنى
الجماع ولهذا افسد به الصوم ولو لم ينزل لم يفسد وان كان حراما لانه ليس في معنى الجماع ولهذا لم يفسد به الصوم فان
قيل هلا جعلت نفس المباشرة مفسدة من غير انزال لظاهر قوله تعالى ولا تباشروهن وذلك يحصل بالجماع دون الفرج
اجيب بان المراد هو الجماع لما كان مرادا بطل ان يكون الحقيقة مرادة ولان الاعتكاف معتبر بالصوم فيما يفسدها
لا يفسد الصوم فكذا الاعتكاف قال ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام اي ومن قال علي ان اعتكف عشرة
ايام يلزمه بلياليها متتابعة اما اللزوم فظاهر واما بلياليها فلما ذكر الايام على سبيل الجمع تبعا ولما ان بها من الليالي عرفنا
ثلث ما رايتك متتابعة ايام والمراد بلياليها واذا اطلق لا يلزم فلانا شهرا او عشرة ايام كان ذلك على الايام والليالي الاتية

الي قصة زكريا عليه السلام حيث قال ءايتك الا تكلم الناس ثلثة ايام الا رمزا وقال الا تكلم الناس ثلاث ليال سويا والقصة الواحدة
وتاويله ما ذكرناه وقوله على سبيل الجمع يدفع ما قلناه قد تقرر في اصول الفقه ان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار خاصة
والاعتكاف فعل ممتد فيجب ان يراد النهار دون الليل والا لا نقض القاعدة ووجه ذلك ان العرف جار على ما ذكرنا حتى لو قال الامام ام
علي ان اعتكف يوما اختص ببياض النهار كذا في التحفة واما التتابع فلما ذكرنا ان مبني الاعتكاف على التتابع الي اخره وان
نوي الايام خاصة صحت نيته لانه نوي الحقيقة قلت كانه اختار ما ذهب اليه بعض ان اليوم مشترك بين بياض النهار والمطلق
ومطلق الوقت والمشترك يحتاج الي ذلك لتعيين الدلالة لا لنفس الدلالة وعلي تقدير ان يكون مختاره عليه الاكثر وهو انه مجاز
في مطلق الوقت فجوابه انه ذكر الايام على سبيل الجمع صارف له عن الحقيقة كما تقدم فيحتاج الي النية دفعا للصارف عن الحقيقة واحد يعني
لا للدلالة عليها وقوله ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين ظ وقوله وقال ابو يوسف قال في النهاية كان من حقه ان يقول
وعن ابي يوسف لما ان هذه الرواية على ظاهره عنه والدليل على هذا قوله بعده وجه الظ وقوله لان المثنى غير الجمع ظاهر
ولما كان كذلك كان لفظ المثنى والفرد سواء ولو قال علي ان اعتكف يوما لم يدخل ليله بالاتفاق فكذا في التثنية الا ان الليلة
الوسطى تدخل لضرورة اتصال البعض الاخر بالبعض وهذه الضرورة لم توجد في الليلة الاولى فان قيل لما كان المثنى غير
الجمع وجب ان لا يكتفى في الجمعة بالاثنين سوى الامام وقد اكتفى كما تقدم في باب الجمعة اجيب بان الاصل ما ذكرت هنا
لان فيه العمل بوضع الوحدان والجمع الا اني وجدت في الجمعة معنى لم يوجد في غيره وهو انها سميت جمعة لمعنى الاجتماع
وفي الجماعة والتثنية ذلك فكانت التثنية في تحقيق معنى الاجتماع كالجمع [illegible] وجه ظاهر الرواية ان في المثنى
معنى الجمع لاجتماع فرد وفرد فيه فيلحق بالجمع احتياطا لامر العبادة وفيه تلويح الا انها الحق المثنى بالجمع في الجمعة
لعدم الاحتياط في ذلك لان الاحتياط في الخروج عن عهدة ما عليه بيقين وذلك في الالحاق غير نقص لان الجماعة شرط على
حده بالاتفاق وفي كون المثنى بمعنى الجمع تردد لكونه ذي الفرد والجمع اذ هي بينهما وفي الشتاء الجمع لا تردد في الخروج
وكان شرطا واما في الاعتكاف فنفي الحاقه بالجمع خروج عنها بيقين لان ايجاب الليلتين مع يومين احوط من ايجاب يومين
بليلة واحدة وهو ظاهر لما ترتيب العبادات المتقدمة وذلك الترتيب
لمعان ذكرت عند كل كتاب تاخر الحج الي هنا ضرورة لان ما بعده اما يكون من المعاملات او غيرها والعبادة متقدمة في اللغة
القصد وفي الشريعة زيارة البيت على وجه التعظيم ثم انه فرض على كل حر بالغ عاقل صحيح اذا قدر على الزاد والراحلة فاضلا
عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الي حين عوده وكان الطريق امنا وانما عدل المص عن الافراد الي الجمع في قوله الاوا
الي اخره نظرا الي وقوعه فانه لا يتادى الا بجمع عظيم وانما وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة كما صنع بالزكاة وقد ذكرنا
وجهه هناك ويجوز ان يكون معناه ثابت او لازم فان الوجوب يدل على ذلك وفرضيته ثبت بالكتاب وهو قوله تعالى
ولله على الناس حج البيت الاية يعني انه حق واجب في رقاب الناس لا ينفكون عن عهدته الا بالاداء ولا يجب في العمر الا مرة
واحدة لانه عليه السلام قيل له يعني لما نزلت هذه الاية وقال لهم ايها الناس حجوا البيت الحج في كل عام ام مرة واحدة فقال
بل لا مرة فما زاد فهو تطوع ولان سبب البيت لاضافته اليه يقال حج البيت والاضافة دليل السببية وانه لا يتعدد
البيت فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف حتى انه عند استجماع الشرائط اثم رواه عنه بشر
والمعلى وعن ابي حنيفة ما يدل عليه اي على الفور وهو ما ذكره ابن شجاع عنه انه سئل عمن له مال ايحج به ام يتزوج قال بل
يحج به فذلك دليل على ان الوجوب عنده على الفور ووجه دلالته على ذلك ان في التزوج تحصين النفس الواجب على كل حال والاشتغال
بالحج مفوته ولو لم يكن وجوبه على الفور لما امر بتفويت الواجب مع امكان حصوله في وقت اخر لان المال غاد ورائح وعند محمد والشافعي
على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة فكما انه جاز تاخير الوقت بجواز الحج في اخر العمر من اشهر الحج
وهذا الدليل لمحمد لانه يقول الحج انما هو مؤقت وهو انه لا يفوته بالموت فان فوته اثم واما الشافعي فانه يقول لا ياثم بالتاخير
وان مات فلم يكن عنده كوقت الصلاة وجه الاول يعني قول ابي يوسف ان الحج مختص بوقت خاص والموت في وقته لا يدرك
الا بادراك ذلك الوقت بعينه والا لا يكون مختصا به وذلك مدة طويلة يستوي فيه الحياة والممات لان الموت في سنته
ولعدم شمله على الفصول الاربعة المتضادة المزاج غير نادر فيضيق احتياطا لا تحقيقا وانما قال ذلك ليلا يرد عليه انه لو كان
متضيقا لوجب ان يكون بعد العام الاول قضاء وليس كذلك فان التضييق اذا كان احتياطا لا يلزم ذلك والدليل على
هذا التوضيح قوله ولهذا كان التعجيل افضل يعني بالاتفاق فان الاستدلال بالافضلية على الوجوب بالاكاد يصح وقوله
بخلاف وقت الصلاة جواب عن قوله كالوقت في الصلاة وثمرة الاختلاف تظهر في حق الاثم خاصة واما ان الواقع في
العام الثاني اداء كالحج في الاول فان التطوع في العام الاول جائز فلا ينكره احد وتمام هذا البحث موضعه اصول الفقه وانما
شرطت الحرية والبلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد حج ولو عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام والفرق بين الحج والصوم
والصلاة ان الحج يحتاج الي الزاد والراحلة والعبد لا يملك من الزاد شيئا والصوم والصلاة ليس كذلك وان حق المولى
في الحج يفوت في مدة طويلة فقدم حق العبد على حق الله بخلاف الصوم والصلاة وقوله بخلاف العقل لبيان اشتراط العقل
وقوله

وقوله وكذا صحة الجوارح لبيان اشتراط الصحة لان الحج بدونها لا يتم وقوله والاعمى يعني ان الاعمى اذا ملك الزاد والراحلة وان لم
يجد قايدا لا يلزمه الحج في قولهم وهل يجب الاحجاج بالمال عند ابي حنيفة لا يجب وعندهما يجب وان وجد قايدا فقد عبر عنه المص
بقوله من يكفيه مؤنة سفره عند ابي حنيفة لا يجب كما لا تجب الجمعة وعن صاحبيه فيه روايتان فرقا على احدى الروايتين
بين الجمعة والحج وقالا وجود القايد الي الجمعة ليس بنادر بل هو غالب فيلزمه ولا كذلك القايد الي الحج وقوله واما المقعد فعن
ابي حنيفة ظاهر الرواية عنه في الزمن والمفلوج والمقعد ومقطوع الرجلين ان الحج لا يجب عليهم وان ملكوا الزاد والراحلة
حتى لا يجب عليهم الاحجاج بالمال لان الاصل لما لم يجب لم يجب البدل وهو رواية عنهما وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجب عليه لانه
مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وقوله وعن محمد ظ وقوله ولا بد من القدرة بيان لقوله اذا قدروا على الزاد
والراحلة ويعني به القدرة بطريق الملك والاستيجار بان يقدر على ما يكترى به شق محمل بفتح الميم الاول وكسر الثاني اي
جانبه لان المحمل جانبين ويكفي للراكب احد جانبيه وان امكنه البعير يحمل عليه الماء ومتاعه وطعامه من زمل الذي حمله ثقال
لها بالفارسية [illegible] وقوله وقدر النفقة ذاهبا وجائيا يعني بعد الراحلة نفقة وسطا بغير اسراف وتقتير وقيد الا انه
صلى الله عليه وسلم سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكترى عقبة اي ما يتعاقبان عليه في الركوب
فرسخا بفرسخ او منزلا منزلا فلا حج عليه لعدم الراحلة اذ ذاك في جميع السفر وقوله ويشترط ان يكون اي ما يقدر به
على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن بيان لقوله في اول المبحث فاضلا وهو هناك منصوب على الحال من الزاد والراحلة
وقيد بالمسكن والخادم اشارة الي ما ذكر ابن شجاع اذا كانت له دار لا يسكنها وعبد لا يستخدمه وما اشبه ذلك يجب عليه ان
يبيعه ويحج به وقوله واثاث البيت يعني كالفرش والبسط والات الطبخ وثيابه اي ثياب بدنه وفرسه وسلاحه لان
هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية والمشغول بها كالمعدوم وقوله وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره قال الله
تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه وقوله وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ظاهر ولا بد من امن
الطريق وهو ان يكون الغالب فيه السلامة وتوسط البحر عذر لان شرط وجوبه الاستطاعة ولا استطاعة بدون الامن
ثم اختلف المشايخ فيه على قول ابي حنيفة رضي الله عنه انه شرط نفس الوجوب او وجوب الاداء فمنهم من ذهب الي الاول لما ان
الاستطاعة لا تثبت بدونه وهو مروي عنه ومنهم من ذهب الي الثاني لانه عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة
لا غير وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب الايصاء على من مات قبل الحج ولم يكن الطريق امنا فعند الاولين لا يلزمه الوصية
وعند الاخرين يلزمهم قال ويعتبر في المراة ان يكون لها محرم او زوج يحج معها للاختلاف الماري في امن الطريق في كونه
شرط الوجوب او شرط الاداء ثابت في محرم المراة والمحرم من لا يجوز له مناكحتها على التابيد بقرابة او رضاع او صهارة ولا يجوز
للمراة ان تحج اذا لم يكن معها محرم او زوج اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام شابة كانت او عجوزا وان لم يكن لها محرم او زوج لا يجب
عليها التزوج للحج كما لا يجب على الفقير اكتساب المال لاجل الحج والزكاة وقال الشافعي لها ان تحج اذا رافقها معها نساء ثقات لحصول
الامن عن الفتنة بالمرافقة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تحجن امراة الا ومعها محرم تخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها
اليها فضلا عن حصول الامن وعورض اي ان المهاجرة تخرج بدار الاسلام بدونها والحج ليس من الاركان الخمسة فلان تخرج
للحج وهو منها اولى واجيب بان ذلك ضرورة الخوف على نفسها الا ترى انها اذا وصلت الي جيش من المسلمين في دار الحرب
حتى صارت امنة لم يكن لها بعد ذلك ان تسافر بدون محرم فان قيل فسر النبي صلى الله عليه وسلم السبيل بالزاد والراحلة
ولم يذكر المحرم اجيب بان ذلك حجة من جعله شرط الاداء ومن جعله شرط الوجوب قال لم يذكره فان السائل كان رجلا
فان قيل لا نسلم بان الفتنة تزداد بانضمام غيرها اليها فان المسبوبة اذا اعتدت في بيت الزوج لحيلولة ثقة
جاز ولم يكن انضمامها اليها فتنة اجيب بان انضمام المراة اليها بعينها على حالها او دبت وادها وتعليم ما عسى يعجز عنه
تفكرها وانها لم تكن في المعتدة كذلك لان الاقامة موضع امن وقدرة على دفع الفتنة وفيه نظر لان مثلها لا بعد ثقة
والكلام فيها ولان جواب المستدتبا نقض جواب الجمع والاولى ان يقال هن ناقصات دين وعقل فلا يؤمن ان يخدع
فيكون عليها في الاف دفيتوسط في التوطين والتمكين فتنجو بعز دق في السفر وهذا المعنى معدوم في الحضر لامكان الاستغاثة
وقوله بخلاف ما اذا كان متصل بقوله اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام وهو واضح وكذا قوله فان وجدت
محرما ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرايض الا ترى انه لا يمنعها من صيام شهر رمضان والصلوات والحج منها حتى
لو كان الحج نفلا له ان يمنعها ولهذا كان له ان يحللها من ساعته وقوله وان كان المحرم فاسقا ظ واذا بلغ الصبي بعد ما احرم
او اعتق العبد يعني بعد ما احرم فمضيا لم يجز عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل لعدم الخطاب وشرط
الوجوب في حقهما فلا ينقلب لاداء الفرض واعترض بان الاحرام شرط على ما ذكره كالطهارة والشرط يراعى وجوده لا قصده
الا ترى ان الصبي اذا توضأ ثم بلغ بالسن فصلى بتلك الطهارة جازت صلاته فما بال الحج لا يجزيه بذلك الاحرام والجواب ان
الاحرام عندنا انما يكون شرطا على ما سياتي ولها شبه بالركن في افعال الحج فصار كالصبي توضأ وشرع في الصلاة ثم بلغ
بالسن ينوي ان تكون تلك الصلاة فرضا لا تنقلب اليها ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز

والعبد اذا فعلا ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية ولهذا لو تناول محظورا لم يلزمه شي واذا كان لذلك جاز الفسخ والشروع في غيره واما احرام العبد فلازم لكونه مخاطبا ولهذا لو اصاب صيدا كان عليه الصيام لانه صار جانيا على احرامه بتقتل الصيد وهو ليس من اهل التكفير بالمال فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره والما طريق فوجه من ذلك اذ الافعال فسواحد التلبيه او لم يجد دما يوتي على ذلك الاحرام فلا يجزيه عن حجة الاسلام

فصل

لما فرغ عن ذكر من يجب عليه الحج وذكر شروط الوجوب وما يتبعها شرع في بيان اول امكنة يبتدا فيها بافعال الحج وهو المواقيت التي لا يجوز ان يجاوزها الانسان الا محرما والمواقيت جمع الميقات وهو الوقت المحدود فاستعير للمكان كما استعير المكان للوقت كما في قوله تعالى هنالك الولاية والمواقيت خمسة كما ذكر في الكتاب وقوله هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهولا قيل عليه كيف كان التوقيت لاهل العراق وان لم يكونوا مسلمين واجيب بانه صلى الله عليه وسلم علم بطريق الوحي اي انهم فوقت لهم على ذلك وقوله وفايدة التوقيت واضح وقوله على قصد دخول مكة قيده بذلك لانه لو لم يقصد ذلك ليس عليه ان يحرم قال في النهاية اعلم ان البيت لما كان معظما شرعا جعل له حصن وهو مكة وحمى وهو الحرم وللحرم وهو المواقيت حتى لا يجوز لمن دونه ان يجاوزه الا باحرام تعظيما للبيت والاصل فيه ان كل من قصد مجاوزة ميقاتين لا يجوز الا باحرام ومن قصد مجاوزة ميقات واحد حل له بغير احرام بيانه ان من اتى ميقاتا بنية الحج والعمرة او دخول مكة لحاجة لا يجوز دخوله الا باحرام لانه قصد مجاوزة ميقاتين ميقات اهل الافاق وميقات اهل الحل والحيلة لمن اراد من الافاقي دخوله بغير احرام ان يقصد بستان بني عامر او غيره من الحل فلا يجب الاحرام لانه قصد مجاوزة ميقات واحد وقوله عندنا اشاره الى خلاف الشافعي فان عنده ان الاحرام لا يجب عند الميقات لمن اراد دخول مكة بلا حج والعمرة فاما من اراد دخولها للقتال فليس عليه الاحرام قولا واحدا لان النبي صلى الله عليه وسلم دخلها يوم الفتح بغير احرام وله في الداخل للتجارة قولان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة لا لانه شرط الحج دليل ان من كان داخل الميقات يحرم من دويرة اهله وتعظيمها لم يختلف بالتشبه الى الحاج وغيره فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما وما رواه الشافعي فمن خصوصياته عليه السلام كما قال في خطبة يوم الفتح ان مكة حرام حرم الله تعالى يوم خلق السموات والارض وانها لم تحل لاحد قبلي ولا تحل لاحد بعدي وانما احلت لي ساعة من نهار الى يوم القيامة وقوله ومن كان داخل الميقات ظ والاصل انه صلى الله عليه وسلم رخص للحطابين دخول مكة بغير احرام وكذلك قوله فان قدم الاحرام ظ قيل انما صار الدويرة تعظيما للكعبة لذا تاكد علي وابن مسعود يعني ان اتمامهما ان يحرم من دويرة اهله وروي عن ابن عباس مثله وقيل ان اتمامهما ان يفرد لكل واحد منهما سفرا كما قال محمد حجة كوفيه وعمرة كوفيه افضل والافضل التقديم عليها لان الاتمام مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وقال الشافعي الاحرام من الميقات افضل لان الاحرام عنده من الاداء وقوله وعن ابي حنيفة ظ وقوله ومن كان داخل الميقات فوقته اي موضع احرامه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لا الحل الذي هو خارج الميقات لانه يجوز احرامه من دويرة اهله كما بينا فلو كان المراد بالحل ما هو خارج الميقات لما جاز ان يحرم من دويرة اهله وحيث جاز له ذلك جاز ان يحرم من اي موضع شا من الحل لان ما ورا الميقات الى الحرم مكان واحد وقوله ومن كان بمكة ظ وقوله بورود الاثر يراد به قوله وامر اخا عايشة ان يعمرها من التنعيم

باب الاحرام

لما فرغ من ذكر المواقيت ذكر كيفية الاحرام التي تفعل في تلك المواقيت والاحرام لغة مصدر احرم اذا دخل الحرم كاشتى اذا دخل الشتا وفي عرف الفقها تحريم المباحات على نفسه لاداء هذه العبادة فان من العبادات ما له تحريم وتحليل كالصلاة والحج ومنها ما ليس له ذلك كالصوم والزكاة وقوله واذا اراد الاحرام اغتسل او توضا والغسل افضل لما روي انه صلى الله عليه وسلم اغتسل لاحرامه وقوله الا انه استثنى من قوله الغسل افضل وكانه يدفع ما يتوهم ان الغسل اذا كان افضل وجب ان لا يقوم غيره مقامه فقال الا انه للتنظيف حتى يومر به الحايض والنفسا لما روي ان ابا بكر رضي الله عنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان اسما قد نفست فقال امرها فلتغتسل ولتحرم بالحج ومعلوم ان الاغتسال الواجب لا يتادى مع وجود الحيض فكان لمعنى النظافة وكل غسل كان لمعنى النظافة يقوم الوضو مقامه كما في الجمعة والعيدين لكن الغسل افضل لان معنى النظافة فيه اتم ولانه عليه السلام اختاره اي اثره على الوضو وضعف تركيبه لا يخفى على المتامل ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازار ورداء اولى ذكر الجديد نفي لقول من يقول بكراهة لبس الجديد عند الاحرام والازار من الحقو اي الخصر والردا من الكتف لانه صلى الله عليه وسلم اتزر وارتدا اي لبس الازار والردا ويدخل الرداء تحت يمينه ويلقيه على كتفه الايسر ويبقي كتفه الايمن مكشوفا ولا يزره ولا يعقده ولا يخلله فان فعل ذلك كره ولا شي عليه وقوله ولانه ممنوع ظ وقوله لانه اقرب الى الطهارة لانه لم تصبه النجاسة ظاهرا ومس طيبا ان وجد اي طيب كان في ظاهر الرواية وروي المعلى عن محمد انه يكره اذا تطيب بان يبقى عينه بعد الاحرام كالمسك والغالية قال محمد كنت لا ارى باسا بذلك حتى رايت قوما احضروا طيبا كثيرا ورايت امرا شنيعا فكرهته وهو قول مالك والشافعي رحمه الله لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام لانه اذا عرق يتحول الى موضع اخر من بدنه فاذا كان كذلك بمنزلة التطيب ابتدا بعد الاحرام في الموضع الثاني يويده ما روي

انه

انه عليه السلام راي اعرابيا عليه خلوق فقال اغسل عنك هذا الخلوق ووجه المشهور حديث عايشة رضي الله عنها قالت كنت اطيب رسول الله لاحرامه قبل ان يحرم وفيه نظر لجواز ان يكون ذلك الطيب مما لا يبقى اثره بعد الاحرام والمكروه ذلك والجواب ان من جملة حديث عايشة رضي الله عنها ولقد رايت وبيص الطيب في مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الاحرام ولما كان ذلك معلوما من حديث عايشة رضي الله عنها اقتصر عن ذكره ولان الممنوع عنه المحرم التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله بدنه والحكم للمتبع فيكون بمنزلة العدم بخلاف الثوب المخيط اذا لبس قبل الاحرام وبقي على ذلك بعده فانه يكون ممنوعا ويكون كاللابس ابتدا حتى يلزمه الجزا لانه مباين عنه فلا يكون تابعا ونظير هذا اذا حلف لا يتطيب فدام على طيب كان في جسده لا يحنث واذا حلف لا يلبس هذا الثوب فدام على لبسه حنث وحديث الاعرابي محمول على انه كان على ثوبه لا على بدنه قال وصلى ركعتين اذا اراد الاحرام صلى ركعتين لما روي جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه وروي عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اتاني ات من ربي بالعقيق فقال صل في هذا الوادي المبارك ركعتين وقال لبيك بحجة وعمرة معا ويقرا فيهما ما شا وان قرا في الاولى الفاتحة والكافرون وقل هو الله احد كما فعله عليه السلام فهو افضل قال يعني محمدا وقال يعني الذي يريد الحج اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني قال في النهاية وفي بعض النسخ لم يذكر قال وفي النهاية الاول والحقه بحديث جابر اي صلى النبي عليه السلام بذي الحليفة وقال اي النبي عليه السلام والصحيح هو الاول لانه المثبت في الكتب المتفقة على الاسانيد وقوله لان اداها اي ادا هذه العبادة تعليل لسوال التيسير وقوله ثم يلبي يريد من اراد الحج عقيب صلاته اختلف الرواة في وقت تلبية رسول الله عليه السلام فقال ابن عباس رضي الله عنهما لبى في دبر صلاته وقال ابن عمر رضي الله عنهما لبى حين استوت على راحلته وذكر جابر انه لبى حين علا البيدا وابن عمر رضي الله عنهما رد هذا فقال يكذبون فيها على رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما لبى حين استوى على راحلته وروي عن سعيد بن جبير رحمه الله قلت لابن عباس كيف اختلف الناس في وقت تلبية رسول الله وما حج الا مرة واحدة فقال لبى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دبر صلاته فسمع ذلك قوم من اصحابه فنقلوا وكان القوم ياتونه ارسالا فلبى حين استوت راحلته فسمع قوم فظنوا انها اول تلبيه فنقلوا ذلك ثم لبى حين علا البيدا فسمعها قوم اخرون فظنوها اول تلبيه فنقلوا ذلك وايم الله ما اوجبها الا في مصلاه فعليك الاثر بقول ابن عباس افضل لانه اكثر روايه باليمين والاتيان بقول ابن عمر جايز وقوله وان كان مفردا بالحج وقوله والتلبيه ان يقول لبيك اللهم لبيك وهو من المصادر التي يجب حذف فعلها وتثنيته للتكرار اي الباب الى مقامه فقيل مشتق من الب الرجل اذا اقام في مكان فمعنى لبيك اقيم على طاعتك اقامة بعد اقامة لان التلبيه ههنا للتكرار والتكثير وقيل مشتق من قولهم امراة لبة اي محبة لزوجها فمعناه محبتي لك يا رب وقيل من قولهم داري تلب دارك اي تواجهها فمعناه اتجاهي لك مرة بعد اخرى والاول اثبت وقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها هكذا رواه ابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما في صفة تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكون ابتدا الكلام متعلق بما قبله لا بناء اذ الفتح صفة الاول قيل مراده الحقيقة وهو المعنى القايم بالذات لا الصفة النحويه وتقديره البي ان الحمد والنعمة لك اي وانا موصوف بهذا القول وقيل المراد به التعليل لانه يكون بتقدير اللام اي البي لان الحمد وفيه بعد وقيل مراده انه صفة التلبيه اي البي تلبيه ان الحمد لك وعلى هذا قيل من كسر الهمزة فقد عم ومن فتحها فقد خص وقوله وهو اي ذكر التلبيه اجابة لدعوة الخليل عليه السلام على ما هو المعروف في القصة واما ما روي ان الخليل صلوات الله عليه لما فرغ من بنا البيت امر ان يدعو الناس الى الحج فصعد ابا قبيس وقال الا ان الله تعالى امر ببنا بيت له وقد بني الا فحجوه فبلغ الله صوته الناس في اصلاب ابايهم وارحام امهاتهم فمنهم من اجاب مرة ومنهم مرتين واكثر على حسب جوابهم يحجون ويويد هذا قوله تعالى واذن في الناس بالحج ياتوك رجالا فالتلبيه اجابة لدعا الخليل صلوات الله عليه وسلامه ولا فرق في ظاهر الرواية بين هذا اللفظ وغيره من الثنا والتسبيح والتهليل والفارسي اما على قول ابي حنيفة فظاهر لتجويزه ذلك في تكبيرة الافتتاح وفرق محمد بينهما بان غير الركن هنا وهو تقليد الهدي قام مقامه فكذلك غير العربي يقوم مقامه بخلاف الصلاة وبهذا فرق ابو يوسف ايضا بين الصلاة والتلبيه وتكبير العربيه افضل وقوله ولا ينقص عنه وقال الامام ابو بكر محمد بن الفضل لو قال اللهم ولم يزد عليه كان على الاختلاف الذي ذكرنا في الشروع في الصلاة فمن قال لا يصير به شارعا في الصلاة يصير به محرما ومن قال لا فلا وقوله ولو زاد فيها جاز ظ وقوله زادوا على الماثور قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما احرم الناس ام ضل بهم العهد لبيك عدد التراب لبيك واراد بالعهد عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزاد في رواية لبيك حقا حقا تعبدا ورقا لبيك عدد التراب لبيك لبيك ذا المعارج لبيك لبيك اله الخلق لبيك لبيك من عبيد ابق لبيك وقوله لان المقصود الثنا والجواب ان التشهد والاذان فان التشهد في تعليمه زيادة تاكيد قال ابن مسعود رضي الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا سورة من القران فالزيادة تخل به بخلاف التلبيه لانها ما نقلت الينا من غير تاكيد في تعليم نظمه فلا تخل بها الزيادة ولا الاذان للاعلام

وقد صار معروفا بهذه الكلمات فلا ينبغي اخلاؤها عن غيرها وليس في المسئلة كثير خلاف فانه جعل المنقول افضل في رواية قال في شرح
الوجيز لا تستحب الزيادة على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم بل يكون مكروها وهي لا تنكر هذا الكذي لا اسرار فيه
واذا لبى فقد احرم من اراد الاحرام اذا نوى ولبى فقد احرم به من اراد الاحرام ولا يصير شارعا بمجرد النية ولا بمجرد التلبية
اما الاول فلان العبادة لا تتادى الا بالنية لما قال القدوري لم يذكرها لتقدم الاشارات اليها في قوله اللهم اني اريد الحج
واما الثاني فلانه عقد على الاداء اي على عبادة تشتمل على اركان مختلفة وكلما كان كذلك فلا بد للشروع فيه من ذكر
يقصد به التعظيم سواء كان التلبية او غيرها بعربية او غيرها في المشهور كما ذكرنا او ما يقوم مقام الذكر كتقليد الهدي فانه
يقوم مقامه في حصول المقصود وهو اظهار الاجابة للدعوة وقال الشافعي في احد قوليه يصير شارعا بمجرد النية لانه التزم
الكف عن ارتكاب المحظورات وكل من كان كذلك يحصل الشروع فيه بمجرد النية كالصوم والجواب انا لا نسلم انه في الاحرام
التزم الكف بل التزم اداء الافعال والكف ضمني لانه من محظورات الحج بخلاف الصوم فان الكف فيه ركن فكان التزامه قصدا
وقوله ويتقي ما نهى الله عنه وقوله فهذا النفي بصيغة النفي انما قاله لئلا يلزم الخلف في كلام الشرع لوجوده من بعض وانما قال
بحضرة الجماع لان ذكر الجماع في غير حضرة النساء ليس من الرفث روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه انشد في احرامه وهن يمشين
بنا هميسا ان يصدق الطير ننك لميسا فقيل له اترفث وانت محرم فقال انما الرفث ما كان بحضرة النساء وانما كان
ومعنى قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم لا تقتلوا الصيد وانتم محرمون وقوله ولا يشير اليه الاشارة تقتضي الحضرة
والدلالة تقتضي الغيبة وقوله اي المذكورة من الاشارة والدلالة والاعانة ازالة الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه
وبعده عن الاعين وهو حرام وقوله ولا يلبس قميصا ظاهر وقوله قال في محرم توفي هو الاعرابي الذي وقصت به ناقته في اخافيق
جرذان فمات وهو محرم والوقص كسر العنق والاخافيق شقوق في الارض والجرذان جمع جرذ وهو ضرب من الفار فان قيل
كيف يتمسك اصحابنا بهذا الحديث ومذهبنا على خلاف حكم هذا الحديث في المحرم يموت في احرامه حيث يصنع به ما يصنع بالحلال
من تغطية راسه ووجهه والتكفين عندنا خلافا للشافعي وهو يتمسك هناك بهذا الحديث اجيب بان الحديث فيه دلالة على
ان للاحرام تاثيرا على ترك تغطية الراس والوجه فانه عليه السلام علل الترك التغطية بانه يبعث ملبيا والحجة لنا في تغطية
راس المحرم ووجهه اذا مات ما روى عطا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن محرم مات فقال خمروا راسه ووجهه ولا
تشبهوه باليهود وتقابل ان يقول لو كان للاحرام تاثير في ترك تغطية الراس والوجه لما امر بتخميرهما وقوله ولان المراة
لا تغطي وجهها ظاهر وقوله وفايدته ما روي يعني احرام الرجل في راسه واحرام المراة في وجهها الفرق في تغطية الراس يعني
الفرق بين احرامي الرجل والمراة بحيث يجوز للمراة تغطية الراس ولا يجوز للرجل ذلك لا ان يغطي الرجل وجهه في الاحرام
وقوله ولا يمس طيبا الطيب من له رايحة طيبة لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل الشعث بالكسر ... مصدر
وهو انتشار الشعر وتغيره لقلة التعهد والتفل من التفل وهو ترك الطيب حتى يوجد منه رايحة كريهة ولذا لا ابد
ما روينا يعني الحاج التفل الشعث قال ولا يحلق راسه المحرم ولا يحلق شعره مطلقا لقوله تعالى ولا تحلقوا رءوسكم الاية
وهو بعبارته ينهى عن حلق الراس وبدلالته عن حلق شعر البدن لان حلق الراس استحق الامن عن الازالة لكونه ... بجهل
للارتفاق بازالته وهذا المعنى موجود في شعر البدن فيلحق به دلالة وقوله ولا يقص لحيته ظاهر وقوله قضاء التفث يعني
ازالة الوسخ والورس صبغ اصفر وقيل نبت طيب الرايحة وفي القانون الورس شيء احمر قاني يشبه سحيق الزعفران
وهو مجلوب من اليمن وقوله لا ينفض اي لا يوجد منه رايحة الورس والزعفران والعصفر وعن محمد ان لا يتعدى اثر
الصبغ الى غيره ولا يفوح منه رايحة الطيب والثاني مختار المصنف لانه قال لان المنع للطيب لا للون واعترض على المروي
عن القدوري وهو ينفض على بناء الفاعل لانهم يقولون نفضت والثوب انفضته نفضا اذا حركته ليسقط ما عليه والثوب
ليس بنافض وانكر هذه الرواية وقيل بل هي على بناء المفعول ولئن كانت اسنادا مجازيا وقال الشافعي لا باس بلبس المعصفر
لانه لا طيب له فلا يكون في معنى ما ورد به الحديث وهو الورس والزعفران ليلحق به وقلنا حديث الورس دليل في
العصفر بالاولوية لانه فوق الورس في طيب الرايحة وهو مذهب عايشة رضي الله عنها وقوله ولا باس بان يغتسل ظاهر والهميان
معروف وهو ما يوضع فيه الدراهم والدنانير وسئلت عايشة رضي الله عنها هل يلبس المحرم الهميان فقالت استوثق في
نفقتك بما شئت ولانه ليس في معنى المخيط ... اذا عصب والمنهي عنه الاستمتاع بلبس المخيط وتوقف لشده بالازار
والرداء بحبل او غيره فانه مكروه بالاجماع وليس في معنى لبس المخيط وبما اذا عصب العصابة على راسه فانه مكروه فلو فعله
يوما كاملا لزمه الصدقة وليس في معنى لبس المخيط واجيب بان الكراهة فيه ثبتت بنص ورد فيه وهو ما روي انه صلى الله عليه
وسلم راى رجلا قد شد فوق ازاره حبلا فقال الق هذا الحبل ويلك وعن الثاني بان لزوم الصدقة انما هو باعتبار
تغطية بعض الراس بالعصابة والمحرم ممنوع عن ذلك الا ان ما تغطيه جزء يسير يكتفى فيه بالصدقة وقوله لانه نوع طيب
وان يقتل هوام الراس ... لوجود هذين المعنيين تكاملت الجناية فوجب الدم عند ابي حنيفة اذا غسل راسه بالخطمي
فانه له رايحة وان لم تكن ذكية وفي قول ابي يوسف عليه صدقة لانه ليس بطيب بل هو كالاشنان ولكنه يقتل الهوام قال
ويكثر

ويكثر من التلبية عقيب الصلاة وكلما علا شرفا ... المحرم يكثر التلبية في خمسة اوقات على ما ذكر في الكتاب وزاد الاعمش عن
خيثمة رضي الله عنه سادسا وهو ما اذا استقبل الرجل راحلته والتعليل في الكتاب ظاهر وقوله ويرفع صوته بالتلبية المستحب
عنده في الدعاء والاذكار الاخفاء الا اذا تعلق باعلانه مقصود كالاذان والخطبة وغير هذا التلبية للاعلام بالشروع فيما هو من
اعلام الدين فكان رفع الصوت بها مستحبا وقوله واذا دخل مكة واضح وقوله وان يتبرك بالمنقول منها اي من الدعوات
يجزي ومن المنقول هو انه اذا وقع بصره على البيت يقول اللهم زد بيتك تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا ومهابة وزد من تشريفا م
شرفه وكرمه وعظمه من حجه او اعتمره تكريما وتعظيما ومهابة بسم الله والله اكبر يقوله وعن عطا ان النبي عليه السلام كان
يقول اذا لقي البيت اعوذ برب البيت من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر وقوله ثم ابتدا بالحجر وقوله
واستلمه يقال استلم الحجر تناوله باليد او بالقبلة او مسحه بالكف من السلمة بفتح السين وكسر اللام وهي الحجر وروي ان
النبي صلى الله عليه وسلم قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وروي ان عمر رضي الله عنه في خلافته اتى الحجر الاسود
وقال اما اني اعلم انك حجر لا تضر ولا تنفع ولكني رايت رسول الله يقبلك ما استلمتك فبلغ عليا مقالته فقال اما لو لا م
ان الحجر ينفع فقال عمر وما منفعته يا ختن رسول الله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله تعالى
لما اخذ الذرية من ظهر ادم وقررهم بقوله تعالى الست بربكم قالوا بلى اودعهم الحجر فمستلم الحجر كمجدد العهد بذلك
الاقرار والحجر يشهد له يوم القيامة وقوله انك رجل ايد اي قوي والعرجون اصل الكباسة وقوله واستلم الاركان يعني
الحجر الاسود والركن اليماني وانما جمعه باعتبار تكرار الاشواط وانما قلناه لانه ذكر في الكتاب بعد هذا بانه لا يستلم
غيرهما والمحجن بكسر الميم وفتح الجيم عود معوج الراس كالصولجان وقوله وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل
قيل يجعل باطن كفيه الى الحجر دون السماء كما يجعل في ساير الادعية لان في حقيقة الاستلام يجعل باطن كفيه في الحجر فكذا
في البدل وقوله ثم اخذ عن يمينه بيان لمبدا الطواف وهو من الحجر فان افتتح من غيره لم يذكر محمد في الاصل واختلف المتاخرون
فيه فقال بعضهم لا يجوز وهكذا ذكر في الرقيات ووجهه ان الامر بالطواف مجمل في حق البداية فالتحق فعل
النبي صلى الله عليه وسلم بيانا له فيفترض البداءة به وقال اخرون يجوز لان الامر بالطواف مطلق لكن السنة ما ذكر
في الكتاب وانما قيد باليمين لانه لو اخذ عن يساره وهو الطواف المنكوس فطاف كذلك سبعة اشواط يعتد بطوافه
عندنا ويعيده ما دام بمكة وان رجع الى اهله قبل الاعادة فعليه دم وقال الشافعي لا يعتد بطوافه وقوله وقد اضطبع
رداءه تقال في المغرب الصواب بردائه ولعل المصنف انما سمي ... بذلك لابداء الضبعين وهو التابط ايضا وقوله
في حديث عايشة يعني ما روي ان عايشة رضي الله عنها نذرت ان فتح الله مكة على رسوله ان تصلي في البيت ركعتين فاخذ
رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدها وادخلها الحطيم وقال صلي هنا فان الحطيم من البيت الا ان قومك قصرت بهم النفقة
فاخرجوه من البيت ولولا حدثان قومك بالجاهلية لنقضت بناء الكعبة واظهرت قواعد الخليل وادخلت الحطيم في البيت والصقت
العتبة بالارض وجعلت لها بابا شرقيا وبابا غربيا ولئن عشت الى قابل لافعلن ذلك ولم يعش ولم يتفرغ لذلك احد
من الخلفاء الراشدين حتى كان زمن عبد الله بن الزبير وكان سمع الحديث فيها ففعل ذلك واظهر قواعد الخليل وبنى البيت
على قواعد الخليل بمحضر من الناس وادخل الحطيم في البيت فلما قتل كره الحجاج بناء الكعبة على ما فعله ابن الزبير فنقض بناءها
واعادها على ما كان عليه في الجاهلية واذا كان الحطيم من البيت فلا بد من دخوله في الطواف وباقي كلامه واضح قال
ويرمل في الثلاثة الاول به قال ابن عباس رضي الله عنه لا رمل في الطواف وانما فعله النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء
وهو انه عليه السلام لما قدم مكة للعمرة عام الحديبية صده المشركون عن البيت فصالحهم على ان ينصرف ثم يرجع في العام
الثاني ويدخل مكة بغير سلاح فيعتمر ويحج فلما قدم في العام الثاني اخلوا له البيت وصعدوا الجبل وطاف رسول الله
صلى الله عليه وسلم مع اصحابه فسمع المشركين يقول بعضهم لبعض اضناهم حمى يثرب فاضطبع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض م
فرمل فقال لاصحابه رحم الله امرءا اري من نفسه قوة فانما كان ذلك لاظهار الجلادة يومئذ وقد انعدم ذلك المعنى الان فلا
معنى للرمل قلنا ما ذكره ابن عباس هو سببه ولكنه صار سنة بذلك السبب وبقي بعد زواله ورواه جابر وابن عمر رضي الله عنهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم طاف يوم النحر في حجة الوداع فرمل في الثلث الاول ولم يبق المشركون بمكة عام حجة الوداع وقوله
ويمشي في الباقي على هينته اي على السكينة والوقار فعلة من الهون والرمل من الحجر الى الحجر اي من الحجر الاسود الى الحجر الاسود فان
زحمه الناس في الرمل قام يعني وقف ولا يطوف بدون الرمل في تلك الثلث وقوله ويستلم الركن اليماني اي اليمني خلاف الشامي
فانها بلا ... يمين الكعبة والنسبة اليماني بتخفيف الياء وتشديد الياء او يمان بالتخفيف على تعويض الالف من احدى يائي النسبة وقوله
حسن يعني مستحب وقوله ثم اتى المقام اي مقام ابراهيم عليه السلام وهو الحجر الذي فيه اثر قدميه وهي واجبة اي الصلاة عند
المقام واجبة عندنا وقال الشافعي سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله صلى الله عليه وسلم وليصل الطايف لكل اسبوع ركعتين
والامر للوجوب واعترض بوجهين احدهما ان هذا الحديث لا اصل له في كتب الحديث والثاني ان حديث الاعرابي وهو انه عليه
السلام حين علم الاعرابي الصلوات الخمس وقال الرجل هل علي غيرهن فقال عليه السلام لا الا ان تتطوع معارضه وهو اقوى منه

فكيف يفيد الوجوب واجيب عن الاول بان الراوي اذا كان عدلا فذلك لا يوجب القدح فيه وعن الثاني بان حديث الاعرابي
متروك الظاهر اجمعا على ان صلاة الجنازة وصلاة العيدين واجبه وليس في الحديث بيانها ويحتمل ان يكون حديث الاعرابي
قبل هذا الحديث وقوله وهذا الطواف طواف القدوم هذا الطواف له اربعة اقسام طواف القدوم وطواف التحية
وطواف اللقا وطواف اول العهد وقوله وهو سنة ط وقوله دفعا رواه سماه تحية جواب عن استدلال مالك بالحديث وهذا
لان التحية في اللغه اسم لما يبتدى به الانسان على سبيل التبرع فلا يدل على الوجوب وان كان على صيغة الامر كما في قوله
اكرموا الشهود فان قيل في قوله تعالى فحيوا باحسن منها وارد بلفظ التحيه ورد السلام واجب اجيب بان المامور به الاحسن وهو
ليس بواجب سلمناه لكن ذكر لفظ التحيه وقع بطريق المشاكله وقوله وليس على اهل مكة ط وقوله ثم يخرج الى الصفا ط قال
في التحفة تاخير السعي بين الصفا والمروة الى طواف الزيارة اولى لكونه واجبا فجعله تابعا في الفرض اولى لكن العلما
رخصوا في اتيان السعي عقيب طواف القدوم لان يوم النحر الذي هو وقت طواف الزيارة يوم شغل من الذبح والرمي والحلق
ونحو ذلك فكان في جعله تابعا للسنه وهو طواف القدوم تخفيف على الناس وقوله ثم يحط اي ينزل نحو المروة ويمشي
على هينته اي على السكينه والوقار فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين روى جابر رضي الله عنه لما صعد
النبي عليه السلام المروة قال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شي قدير لا اله الا الله
وحده انجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده ثم قرا مقدار خمسة وعشرين ايه من سورة البقرة ثم نزل وجعل يمشي
نحو المروة فلما انصبت قدماه في بطن الوادي سعى حتى التوى ازاره بساقيه وهو يقول رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم
انك انت الاعز الاكرم وقوله ويفعل كما فعل على الصفا اي من التهليل والتكبير والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعا
لحاجته وقوله وهذا شوط يطوف سبعة اشواط يبدا بالصفا ويختم بالمروة فيه اشارة الى نفي قول الطحاوي انه يطوف
بينهما سبعة اشواط من الصفا الى الصفا وهو لا يعتبر رجوعه فلا يجعل ذلك شوطا اخر والاصح ما ذكر في الكتاب لان رواة نسك
رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفقوا على انه عليه السلام طاف بينهما سبعة اشواط وعلى ما قال الطحاوي يصير اربعة عشر
شوطا كذا في المبسوط فان قيل ما الفرق بين الطواف والسعي حتى كان مبدا الطواف هو المنتهى دون السعي اجيب بان الطواف
دوران لا يتاتى الا بحركة دورية فيكون المبدا والمنتهى واحدا بالضرورة واما السعي فهو قطع مسافة بحركة مستقيمة وذلك لا يقتضي
عوده الى بدئه وقوله لما روينا اشارة الى قوله وسعى في بطن الوادي قوله انما يبدا بالصفا ثم السعي بين الصفا والمروة واجب
وليس بركن عندنا وقال الشافعي انه ركن لانه عليه السلام قال ان الله كتب عليكم السعي ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف
بهما ووجه الاستدلال ما ذكره ان مثله يستعمل للاباحة كما في قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النسا وما يستعمل
للاباحة ينفي الركنيه والايجاب الا انا عدلنا عنه اي عن ظاهر الايه في الايجاب اي في ترك العمل بظاهرها في نفي الايجاب ولم يذكر
ما اوجب العدول واختلف فيه الشارحون فمنهم من قال الا عملا بما رواه فانه خبر واحد يوجب الايجاب ومنهم من قال بأول الايه
وهو قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعاير الله فان الشعاير جمع شعيرة وهي العلامه وذلك يكون فرضا فاول الايه يدل على
الفرضيه واخرها على الاباحه فعملنا بهما وقلنا بالوجوب لانه ليس بفرض علما وهو فرض عملا فكان فيه نوع من كل واحد من
الفرض والاستحباب وقيل بالاجماع ولان الركنيه لا تثبت الا بدليل مقطوع به وما رويتم ليس كذلك وقوله ثم معنى ما روي
تاويل للحديث وقيل في قوله كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت نظر لان الوصيه للوالدين والاقربين كانت
فرضا ثم نسخت فكان كتب دالا على الفرضيه والجواب ان ذلك مجمع عليه بل قال بعضهم ليست منسوخة بل مجمع للوارث بين الوصية
والميراث والاثم يكفيه ذلك فان قيل ما بال المص اعرض عن الاستدلال بالحديثية فانه لكونه خبرا واحدا دل على الوجوب من
الركنيه فالجواب انه انما اعرض عنه لان روايه عبد الله بن المومل وهو ضعيف قال النسايي يحيى بن معين والدارقطني
وقال احمد احاديثه منكره وقوله ثم يقيم بمكة حراما اي محرما لانه محرم بالحج لشروعه فيه وكل من كان كذلك لا يتحلل قبل الاتيان
بافعاله وهذا المراد بها وقوله والصلاة خير موضوع فكذا الطواف قيل الا ان طواف التطوع افضل للغربا وصلاة التطوع
لاهل مكة لان الغربا يفوتهم الطواف ولا يفوتهم الصلاة واهل مكة لا يفوتهم الامران فعند الاجتماع الصلاة افضل وقوله ويتنفل
بالسعي غير مشروع لانه بالنص مرة فالتكرار لا يكون الا بالقياس على الطواف ولا مجال له فيه وقوله فاذا كان قبل يوم التروية
بيوم وهو اليوم السابع من ذي الحجة خطب الامام يعني خطبة واحدة من غير ان يجلس بين الخطبتين بعد صلاة الظهر وكذلك
في الخطبة الثالثة التي يخطب بمنى واما في خطبة عرفات فيجلس بين الخطبتين وهي قبل صلاة الظهر وقوله فالحاصل ان
في الحج ثلث خطب ط وقوله فاذا صلى الفجر يوم التروية وهو اليوم الثامن من ذي الحجة قيل انما سمي بذلك لان ابراهيم عليه السلام
راى ليلة التروية كان قايلا يقول ان الله يامرك بذبح ابنك هذا فلما اصبح تروى اي تفكر في ذلك من الصباح الى الرواح
امن الله هذا الحلم ام من الشيطان فمن ثم سمي يوم التروية فلما امسى راى مثل ذلك فعرف انه من الله تعالى فمن ثم سمي يوم عرفة
ثم راى مثله في الليلة الثالثة فهم بنحره فسمي اليوم يوم النحر وقيل انما سمي يوم التروية بذلك لان الناس يروون بالماء من
العطش في هذا اليوم ويحملون الماء بالروايا الى عرفة لان جبريل عليه السلام علم ابراهيم المناسك كلها يوم عرفة فقال له
اعرفت

اعرفت في اي موضع تطوف وفي اي موضع تسعى وفي اي موضع تقف وفي اي موضع تنحر وترمي فقال عرفت فسمي يوم
عرفة وسمي يوم الاضحى به لان الناس يضحون فيه بقرابينهم وقوله ثم يتوجه الى عرفات اي يتوجه من منى بعد صلاة الفجر
يوم عرفة الى عرفات فيقيم بها لما روينا انه عليه السلام راح الى عرفات وهذا بيان الاولويه اما لو دفع قبله اي قبل طلوع ٤
الشمس حتى يصبح بها قوله وهذا اي التوجه بعد طلوع الشمس وقوله اما لو دفع قبله عليه لا بعض الشارحين نوع خفا التقييد
سهو من الكاتب وقوله لانه لا يتعلق بها نسك وقوله ولا يتعلق بهذا المقام يعني مبيت حكم من المناسك ويجوز الذهاب قبل
ايام طلوع الشمس الى عرفات للوقوف فيها وهو الركن الاعظم لا ينال الا يجوز ان يكون المكث بمنى قبل طلوع الشمس من
المناسك كالوقوف بالمزدلفة لان ذلك انما ثبت بدليل منقول ولم يوجد وقوله وينزل بها اي بعرفة مع الناس لان
الانتباذ في الانفراد تجبر وقوله وقيل اراده يعني مراد الناس ان لا ينزل على الطريق وقوله واذا زالت الشمس يعني
في عرفات يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدى فيخطب خطبة يعني قبل الصلاة ولفظ يبتدي يشير الى
ذلك وقوله هكذا فعل رسول الله روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما زالت الشمس امر بالقصوى
فرحلت له فركب حتى اتى بطن الوادي فخطب الناس ثم اذن بلال ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر
وقوله ولنا ما روينا اشاره الى قوله هكذا فعل رسول الله وقوله ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن
المؤذنون كما في الجمعه وعن ابي يوسف انهم يؤذنون بعد الخطبة قال بعض الشارحين وهذا اصح عندي وان
كان على خلاف ظاهر الروايه لما صح من حديث جابر قال المص والصحيح ما ذكرنا يعني ظاهر الروايه لان النبي صلى
الله عليه وسلم لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين يديه ووجه التصحيح ان رواية جابر تقتضي الاذان
بعد الخطبه وهذه الروايه تقتضيه بعدها فتعارضتا فصرنا الى ما بعدهما من الحجه وهو القياس على الجمعة
ويقيم المؤذنون بعد الفراغ من الخطبه لانه اوان الشروع في الصلاة فاشبه الجمعة قال ويصلي بهم
الظهر والعصر في وقت الظهر اي يصلي الامام بالناس الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين واما
نفس الجمع بين الصلاتين فلورود النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بينهما واما كونه باذان واقامتين فلما
روى جابر انه صلى الله عليه وسلم صلاهما باذان واقامتين وبيانه ما ذكر في الكتاب ولا يتطوع بين الصلاتين يعني
لا الامام ولا القوم وقوله خلافا لما يروى عن محمد رحمه الله فانه يقول لا يعيد الاذان لان الوقت قد جمعهما
فيكتفي باذان واحد كما في الفائت مع الوتر ووجه الظاهر ما ذكره ان الاشعار بالتطوع او بعمل اخر يقطع فور الاذان
الاول وقطع فور الاذان الاول يوجب اعادته للعصر لان الاذان للاعلام وكل صلاة اصل بنفسها الا انه اذا
جمع بينهما استغنينا عن الاعلام واذا انقطع عاد حكم الاصل وقوله فان صلى بغير خطبة ط وقوله ومن صلى
الظهر في رحله اي في منزله وحده صلى العصر في وقته عند ابي حنيفه وقالا المنفرد وغيره سوا في الجمع بينهما
وبنى الاختلاف على ان تقديم العصر على وقته لاجل محافظة الجماعه او لامتداد الوقوف فعنده للاول وعندهما
للثاني لهما ان جواز الجمع للحاجة اي امتداد الوقوف بدليل انه لا جمع على من ليس عليه الوقوف وانما الحاج يحتاج
الى الدعا في وقت الوقوف فشرع الجمع لئلا يشتغل عن الدعا والمنفرد وغيره في هذه الحاجة سوا فيستويان في جواز
الجمع ولابي حنيفه رحمه الله ان المحافظة على الوقت فرض بالنص قال الله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة
الوسطى وقال ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا وكل ما هو كذلك لا يجوز قطعه الا بدليل قطعي وذلك فيما
ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم والخلفا الراشدين مع وفور الصحابه رضي الله عنهم من الجمع بالجماعة مع الامام
فلا يجوز بدونه وقوله والتقديم لصيانة الجماعه جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم ان جواز الجمع بالتقديم لامتداد
الوقوف بل لصيانة الجماعة لانه تعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا لان الموقف موضع واسع وطول وعرض فلا
يمكنهم اقامة الجماعة الا بالاجتماع وانه يتعذر عليهم في العادة فعجل العصر لئلا يفوتهم فضيلة الصلاة بالجماعة لا للوقوف
لان الجماعة تفوت لا الى خلف والوقوف يتادى قبل وبعد ومعه اذ لا منافاة بين الوقوف والصلاة لان الوقوف لا
ينقطع بالاشتغال بالصلاة كما لا ينقطع بالاكل والشرب والتوضي وغير ذلك ففي كلامه نوع تسامح لان في كلامه علة
تقديم العصر تحصيل مقصود الوقوف حيث قال ولهذا قدم الوقوف على الصلاة العصر على وقته وهكذا جعل علته
صيانة الجماعه فان كان المقصود من الوقوف صيانة الجماعه صح الكلام لكن ليس كذلك لان المقصود منه اداء اعظم ركني
الحج واذا كان غير ذلك يناقض كلامه وتوارد علتان على معلول واحد بالشخص وذلك غير جايز ويمكن ان يقال يجاب عنه بان
المقصود بالوقوف شيان احدهما عاجل والاخر اجل والاول هو امتداد المكث لاجل الدعا المصالح دينه ودنياه والثاني
ادا الركن وصيانة الجماعه فيجوز ان يكون تقديم العصر معلولا لتحصيل مقصود الوقوف من حيث المقصود الاول ولصيانة الجماعة
من حيث الثاني واذا اختلفت الجهتان اندفع التناقض وتوارد العلتين والحاصل انهم اتفقوا على ان المقصود منه للمكلف
هو الامتداد في المكث لاجل الدعا ولكنهم اختلفوا في وجود غيره معه لا ام ثمة غيره وفيه المنفرد والجمع سوا وقالا لا ثمة غيره

وهو حاله من صيانة الجماعة وليس المنفرد فيه كالجماعة فعند ابي حنيفة الامام شرط في الصلاتين جميعا وقال زفر رحمه
الله في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته واشتراط الامام للتغير ولابي حنيفة رحمه الله ان التقديم على خلاف
القياس عرفنا شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج وكل ما كان شرعه
على خلاف النص يقتصر على مورده وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج قال ابو حنيفة رضي الله عنه الاحرام بالحج شرط فيهما
جميعا وقال زفر هو شرط في صلاة العصر وثمرته يظهر في حلال صلى الظهر مع الامام ثم احرم بالحج فصلى العصر معه او الاحرام
بالعمرة صلى الظهر ثم احرم فصلى العصر مع الامام لم يجزه العصر الا في وقتها عند ابي حنيفة وعند زفر يجوز ثم لا بد من
الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية لان الاحرام شرط جواز الجمع وشرط الشي يسبقه وجواز الجمع يتحقق اذا زالت الشمس
مقارن والمتقدم على احد المتقارنين متقدم على الاخر وفي رواية اخرى ويكتفى بالتقديم على الصلاة لان المقصود
هو الصلاة قال ثم يتوجه الامام الى الموقف اي بعد الجمع بين الصلاتين يتوجه الامام الى الموقف فيقف بقرب
الجبل لان النبي صلى الله عليه وسلم راح الى الموقف عقيب الصلاة قوله والجبل يسمى جبل الرحمة وقوله بطن عرنة
وادي بحذاء عرفات قيل راى النبي صلى الله عليه وسلم فيه الشيطان فكان هذا النهي عن الصلاة في الساعات الثلث والمزدلفة انما
سميت بها لاجتماع الناس فيها ومنه قوله تعالى وازلفنا ثم الاخرين اي جمعناهم وقيل من الازدلاف بمعنى التقرب ومنه نظيره
قوله تعالى وازلفت الجنة للمتقين اي قربت وسميت بها لاقتراب الناس الى منى بعد الافاضة بعرفات ووادي محسر
بكسر السين وتشديدها بين مكة وعرفات وقوله كالمستطعم المسكين في تقديم الصفة فان يدعو هي المبالغة في تحقيق
المدفاع التشبيه حينئذ انما يحصل في حاله الاستطعام وهي حالة الاحتياج وقوله وان ورد الاثار ببعض الدعوات
عن علي رضي الله عنه انه عليه السلام قال ان اكثر دعائي ودعاء الانبياء من قبلي عشية عرفة لا اله الا الله وحده لا شريك
له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شي قدير اللهم اجعل في قلبي نورا وفي سمعي نورا
وفي بصري نورا اللهم اشرح لي صدري ويسر لي امري واعوذ بك من وسواس الصدر وشتات الامر وفتنة القبر اللهم
اني اعوذ بك من شر ما يلج في البحر وما تهب الرياح وقوله الا في الدما والمظالم اي الا في حق الدم الذي وجب لبعضهم
على بعض قصاصا وعجزوا عن استيفائه وفي حق المظلمة التي وجبت لبعضهم على بعض وعجزوا عن الاستيفاء وقيل
قد استجيب له في ذلك ايضا في المزدلفة وقوله في ويلبي في موقفه يعني يستديم على ذلك الى ان يرمي اول حصاة من جمرة العقبة وقال
مالك يقطعها كما يقف بعرفة لان التلبية اجابة والاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان كالتكبيرة الافتتاح
في الصلاة ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اردف الفضل فاخبر الفضل انه لم يزل يلبي حتى رمى الجمرة ولان
التلبية في الحج كالتكبير في الصلاة في كونه ذكرا مفعولا في افتتاح العبادة ويتكرر في اثنائها فكان القياس ان يكون
الى اخر جزء من الاحرام وذلك انما يكون عند الرمي وقيل كان القياس ان يكون الى اخره كالتكبير في الصلاة الا
ان القياس ترك فيما بعد الرمي بالاجماع فيبقى فيما وراءه على اصل القياس وقوله والناس على هيئتهم اي هو اتباع
للسنة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايها الناس ليس البر في ايجاف الخيل ولا في ايضاع الابل عليكم بالسكينة والوقار
والنبي عليه السلام دفع بعد غروب الشمس ومشى على هيئته في الطريق ولان فيه اظهار مخالفة المشركين فانه روي
انه صلى الله عليه وسلم خطب عشية عرفة فقال ايها الناس ان اهل الجاهلية والاوثان كانوا يدفعون من عرفة قبل
غروب الشمس اذا تعممت بها رؤوس الجبال كعمائم الرجال في وجوههم وان هدينا ليس كهديهم فادفعوا بعد غروب الشمس
فعند ما شرع ذلك عليه السلام ولعله اظهار مخالفة المشركين فليس لاحد ان يخالف ذلك وقوله لم يجز دفعه عن عرفة
اجزاه اشارة الى انه لو جاوز قبل الامام وقبل غروب الشمس وجب عليه الدم ولكن ان عاد الى عرفة قبل الغروب
دفع مع الامام منها بعد الغروب سقط عنه الدم وان عاد بعد الغروب لم يسقط قال واذا اتى مزدلفة فالمستحب ان
يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة كلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه يدعوا ويعلم وقوله ويصلي الامام
بالناس باذان واقامة اي في وقت العشا وقوله ثم تعشى اي اكل العشا وقوله ولا يشترط الجماعة لهذا الجمع اي لجمع
المزدلفة عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان المغرب مؤخرة عن وقتها واداء الصلاة بعد خروج وقتها موافق للقياس
لان القياس مشروع في جميع الصلوات فلا يجب مراعاة مورد النص والنص وان ورد في تاخير المغرب عنه وجوز الجماعة
لكن لا يشترط فيه الجماعة واما تقديم الصلاة على وقتها فمخالف للقياس من كل وجه فيراعى لذلك جميع ما ورد فيه النص
وانما خص ابا حنيفة بالذكر لان الجماعة كانت شرطا عنده في الجمع بعرفات وقوله ومن صلى المغرب في الطريق اي في طريق المزدلفة
وحده لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف يجزيه وقد اساء وكذلك
لو صلاها بعرفات وكذلك لو صلى العشا في الطريق بعد دخول وقتها لابي يوسف انه اداها في وقتها ومن ادى صلاة في
وقتها لا يجب عليه اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركها ولهما ما روي انه عليه السلام
قال لاسامة بن زيد حين افاض من عرفة ومال الى الشعب يقضي حاجته وقال له اسامة يا رسول الله ايصلي الصلاة

امامك

امامك يعني وقت الصلاة امامك لان الصلاة فعل المصلي فلا يتصور ان يكون امامه ولكنها تذكر ويراد بها الوقت
كما في قوله تعالى فخلف من بعدهم خلف اضاعوا الصلاة وفسر بعضهم بان معناه مكان الصلاة امامك وهو مزدلفة فيكون
من باب ذكر الحال وارادة المحل وهذا قول النبي هذا اشارة الى ان التاخير واجب لانه لو لم يكن لذلك كان معناه القضاء اي به
بعد خروج الوقت وتفويت الصلاة عن وقتها لا يجوز لغيره فضلا عنه عليه السلام فيجب انتظار سببه فاما ان يكون لتعذر
السير او امكان الجمع بين الصلاتين في المزدلفة لا سبيل الى الاول لانه عليه السلام مال الى الشعب وقضى حاجته بها فتعين
الثاني فمهما كان ممكنا لا يصار الى غيره والامكان ما لم يطلع الفجر فيجب الاعادة ما لم يطلع واما اذا طلع فقد فات الامكان
فسقط الاعادة واعترض بان هذا الحديث من الاحاد فكيف يجوز ان يبطل به قوله تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين
كتابا موقوتا واجاب شيخي بانه من المشاهير تلقته الامة بالقبول في الصدر الاول فعملوا به فجاز ان يزاد به على الكتاب
قوله تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين الاية ونحوها ليس فيها دلالة قاطعة على تعيين الاوقات وانما دلالتها على ان
للصلوات اوقاتا وتعيينها ثبت اما بخبر جبريل او بغيره من الاحاد او بفعله عليه السلام ومثل ذلك لا يفيد القطع فجاز ان
يعارضه خبر الواحد ثم يعمل بفعله عليه السلام وهو انه جمع بينهما بالمزدلفة ولا يجوز ان يكون قضا فتعين ان يكون ذلك
وقته واشكل على ابي يوسف بان صلاة المغرب التي صلاها في الطريق اما ان وقعت صحيحة او لا فان كان الاول فلا يجب الاعادة
لا في الوقت ولا بعده وان كان الثاني وجبت فيه وبعده لان ما وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا بمضي الوقت واجيب بان
الفساد موقوف يظهر اثره في ثاني الحال كما مر في مسئلة الترتيب قال واذا طلع الفجر يصلي الامام الفجر بغلس لانه
طلع الفجر يوم النحر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس والغلس ظلمة اخر الليل وفي بعض الشروح ما قال الغلس ... الديوان
اي ظلمة الليل وهو اوفق لما نحن فيه فكذا يظهر قوله لرواية ابن مسعود رضي الله عنه قال ما رايت رسول الله صلى الله عليهم
عليه وسلم صلى صلاة الا لوقتها الا بجمع فانه عليه السلام جمع المغرب والعشا وصلى صلاة الصبح من الغد قبل وقتها ولقائل
ان يقول الدليل المنقول والمعقول الذين ذكرهما المصنف غير مطابقين للمدلول اما المنقول فلانه يدل على انه عليه
السلام صلاها بغلس والمدلول قوله اذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس واما المعقول فلان تقديره في التغليس
دفع حاجة الوقوف ودفع الحاجة يجوز التقديم كتقديم العصر بعرفة وتقديم العصر كان على وقتها فيكون هاهنا كذلك
تصحيحا للتشبيه وهو خلاف المط والجواب عن الاول ان الراوي عن ابن مسعود وهو عبد الرحمن بن يزيد وقد روى
البخاري عنه في صحيحه انه قال خرجت مع عبد الله الى مكة ثم قدمنا جمعا فصلى الصلاتين ثم صلى الفجر حين طلع
الفجر وقائل يقول لم يطلع الفجر وهذا يدل على ان المراد بقوله قبل وقتها المستحب لان الظاهر ان الراوي لا يعمل على خلاف ما روى
ويؤيده حديث جابر في الصحيحين فصلى الفجر حين تبين الصبح وعن الثاني بان معناه لما جاز تعجيل العصر على وقتها
للحاجة الى الوقوف بعدها فلان تجوز التغليس بالفجر وهو في وقتها اولى وقوله ثم وقف ووقف معه الناس ظاهر وقوله
حتى الدما والمظالم بالرفع حتى يدخل في المستجاب بان رضي الخصوم بالازدياد في حسناتهم حتى يتركوا خصوماتهم في الدما
والمظالم قوله وقال الشافعي انه ركن قال في النهاية ونسبة هذا القول اليه سهو وقع من الكاتب لما انه ذكر في تنبيهه ان
الوقوف بالمزدلفة سنة وذكر في المبسوط الليث بن سعد مكان الشافعي وذكر في الاسرار علقمة مكان الشافعي وذكر في فتاوى
قاضي خان مالك مكان الشافعي ويجوز ان يكون المصنف اطلع على نقل من مذهبه واستدل بقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر
الحرام ولا يمكنه ذلك فيه الا بعد حضوره والوقوف فيه وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ولنا ما روي انه صلى الله عليه
وسلم قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك لان المامور لا يجوز تركه لعذر وقوله والمذكور فيما تلى الذكر
جواب عن التمسك بالاية وتقريره ان المامور به في الاية هو الذكر ليس بركن بالاجماع فلذا ما كان وسيلة اليه وهو قدم
الحضور والوقوف وقوله وانما عرفناه وقوله لما روينا يعني به قوله انه عليه السلام قدم ضعفة اهله بالليل فعلم بهذا الحديث
ان المراد من تعلق تمام الحج في قوله عليه السلام من وقف معنا هذا الموقف الى اخره من حيث الكمال وهو الاتيان
بالواجب لا من حيث الجواز وقوله كما روينا من قبل يعني قوله عليه السلام والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر
وقوله وهكذا وقع في نسخ المختصر اي في نسخ مختصر القدوري وهذا غلط لان النبي عليه السلام دفع قبل طلوع الشمس
رواه جابر وابن عمر رضي الله عنهم قالا ان النبي عليه السلام وقف بالمشعر الحرام حتى اذا كادت الشمس تطلع دفع الى منى
واقول معنى قوله واذا طلعت الشمس اذا قربت الى الطلوع وفعل ذلك اعتمادا على ظهور الامر لمسلم وقوله فيبتدي بجمرة احدها الوقت
العقبة الكلام في الرمي في اثني عشر موضعا وهو يوم النحر وثلاثة ايام بعده والثاني في موضع الرمي وهو بطن
الوادي يعني من اسفله الى اعلاه والثالث في محل المرمي اليه وهو ثلث جمرة العقبة ومسجد الخيف والوسطى والرابع في كمية
الصلاة الحصاة وهي سبعة عند كل جمرة والخامس في المقدار وهو ان يكون مثل حصى الخذف والسادس في كيفية
الرمي وهو ما ذكره في الكتاب وقيل ياخذ الحصا بطرف ابهامه وسبابته والسابع في مقدار الرمي وقد ذكره في الكتاب والثامن
في صفة الرامي وهو ان يكون راكبا او ماشيا لا فرق بينهما والتاسع في موضع وقوع الحصاة والعاشر في الموضع الذي يكو

منه الجمر وبما ذكرنا في الكتاب والحادي عشر فيما يرمي وهو ما كان من جنس الارض والثاني عشر انه يرمي في اليوم الاول جمرة
العقبة لا غير وفي بقية الايام يرمي الجمار كلها وكلامه في الكتاب واضح وقوله فيستام به ولا يتقيد كما بيانه في حديث سعيد
بن جبير قال قلت لابن عباس رضي الله عنهم ما بال الجمار ترمى من وقت الخليل عليه السلام ولم تصر هضابا تسد الافق فقال
اما علمت ان من تقبل حجه يرفع حصاه حتى قال مجاهد رحمه الله لما سمعت هذا من ابن عباس جعلت على حصاتي علامة ثم توسطت
الجمرة فرميت من كل جانب ثم طلبت فلم اجد بتلك العلامة شيئا من الحصاة وقوله ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض
عندنا اعترض عليه بالفيروزج والياقوت فانهما من اجزاء الارض حتى جاز التيمم بهما ومع ذلك لا يجوز الرمي بهما حتى لا يقع
معتدا بهما في الرمي واجيب بان الجواز مشروط بالاستهانة برميه وذلك لا يحصل برميهما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الرمي
الا بالحجر اتباعا لما ورد به الاثر لعدم كونه معقولا وقلنا سلمنا انه غير معقول لكن المنصوص عليه فعل الرمي وذلك يحصل بالطين
كما يحصل بالحجر والاصل فيه فعل الخليل ولم يتعين في الحجر له بعينه مقصودا انما مقصوده فعل الرمي اما اعادة للكبش او لطرد الشيطان
على حسب اختلاف الرواة قلنا باي شيء حصل فعل الرمي اجزاه ولا يرد الذهب والفضة ولا الجوهر لانه يسمى نثارا لا رميا قال
ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر كلامه واضح وقوله بالترحم عليهم اي كرر الترحم على المحلقين وروى نافع عن عبد الله بن
عمر رضي الله عنهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين قال والمقصرين وفي رواية انه
كرر عليه السلام ثم قال في الرابع والمقصرين وذلك دليل على ان الحلق افضل وقوله مقدار الانملة قيل هذا التقدير
مروي عن ابن عمر رضي الله عنه ولم يعلم فيه خلاف ومن لا شعر له امر الموسى على راسه لانه ان عجز عن الحلق والتقصير لم يعجز عن التشبه
واختلفوا في كونه واجبا او مستحبا وقوله لانه من دواعي الجماع يعضده ان المعتدة يحرم عليها الطيب لهذا المعنى والجماع بدواعيه
لا يحل حتى يطوف كالقبلة والمس بشهوة ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها اذا حلق الحاج حل له كل شيء الا النساء وقالت
طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه ولاحله قبل ان يطوف بالبيت وهذا الاثر كاف في تقديمه على القياس ولا
نسلم ان يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال الجماع فيما دون الفرج يرتفع بالحلق كالطيب لانه لا يفسد
الاحرام بحال ولنا انه قضاء شهوة بالنساء فيؤخر الى تمام الاحلال بالطواف وهذا لان دواعي الجماع ملحقة به في المحظور
كما في الاعتكاف وقبل الحلق وقوله ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا يعني اذا رمى جمرة العقبة لا يتحلل عندنا حتى يحلق
وقال الشافعي رحمه الله يتحلل ويحل له كل شيء الا النساء وهو يقول انه يتوقت بيوم النحر وكل ما هو كذلك هو محلل كالحلق ولنا ان
ما يكون محللا يكون جناية في غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غير اوانه ونوقض بدم الاحصار فانه محلل وليس بمحظور
الاحرام واجيب بان المراد ما كان محللا في الاصل ودم الاحصار ليس كذلك وانما صير اليه لضرورة المنع وقوله بخلاف الطواف
جواب عما يقال الطواف محلل في حق النساء وليس بمحظور الاحرام وانما ركن وتقريره ان التحلل لم يكن بالطواف بل بالحلق
السابق وقوله ثم ياتي مكة من يومه اي اول ايام النحر وقوله ووقته ايام النحر اي وقت طواف الزيارة وقوله فكان
وقتهما واحدا اي وقت الاضحية ووقت طواف الزيارة الا ان الاضحية لم يشرع بعد ايام النحر والطواف مشروع بعد
ذلك الا انه يكره تاخيره عن هذه الايام على ما يجيء وقوله واول وقته طلوع وقوله والرمي ما شرع الا مرة في طواف بعده سعي
لان النبي صلى الله عليه وسلم انما رمل في طواف العمرة وهو طواف بعده سعي وقوله لما بينا اشارة الى قوله عليه السلام
وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب وانما لم يقل لما روينا لانه ذكر فيه وجه التمسك بالوجوب فكان قوله
بينا اشمل واعم من قوله روينا وقوله ولكن بالحلق السابق لعدم معناه وقوله الا انه اخر عمله في حق النساء جواب عما يقال
اذا كان الحلق السابق محللا فكيف يعمل بعد النساء محرما وتقريره ان عمله تاخر في حق النساء ليقع الطواف الذي هو ركن في الاولى
لئلا يقع التهاون في امره وقوله وهذا الطواف اي طواف الزيارة هو المفروض في الحج وقوله ثم يعود الى منى يعني بعد طواف
الزيارة فيقيم بها لان النبي صلى الله عليه وسلم رجع اليها كما روينا يعني ما تقدم ان النبي عليه السلام لما حلق افاض الى مكة فطاف
بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنى وقوله ولانه بقي عليه الرمي طاق وقوله ويقف عند الجمرتين يعني الجمرة الاولى والوسطى
في المقام الذي يقف فيه الناس وهو اعلى الوادي وقوله عليه السلام لا ترفع الايدي حديث مشهور والمواطن هي عند افتتاح
الصلاة والقنوت في الوتر والعيدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وبعرفات وجمع وعند المقامين عند الجمرتين
وذكر الجمرتين يدل على انه لا يقوم عند جمرة العقبة ويرفع يديه حذاء منكبيه نص عليه محمد وفي سائر الادعية لا يفعل كذلك لان
الرفع بيانها في السكينة والوقار فيسن في موضع ورد فيه النص ويترك في الباقي على اصل الدليل قال واذا كان من الغد رمى
الجمار الثلاث بعد الزوال يعني اذا زالت الشمس من اليوم الثالث من ايام النحر فعل ذلك وان اراد ان يقيم رمى الجمار
الثلاث في اليوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر فلا اثم عليه اي فمن تعجل في اليوم
الثاني والثالث من ايام النحر ومن تاخر الى اليوم الرابع فلا اثم عليه لمن اتقى وقوله لمن اتقى يتعلق بهما جميعا اي ذلك التخيير
ونفي الاثم في الحالين لاجل الحاج المتقي لئلا يتخالج في قلبه شيء منهما فيحسب ان احدهما يوهم صاحبه في الاقدام عليه وانما خص
المتقي لانه هو الحاج في الحقيقة عند الله وقوله وفيه خلاف الشافعي فانه ينقطع عنده خيار النفر بغروب الشمس من اليوم
الثالث

الثالث لان المنصوص عليه الخيار في اليوم وهو يمتد الى غروب الشمس قلنا الليل ليس بوقت لرمي اليوم الرابع فيكون خياره في
النفر باقيا فيه كقبل الغروب من اليوم الثالث بخلاف ما بعد طلوع الفجر في اليوم الرابع فانه وقت الرمي فلا يبقى خياره
بعد ذلك وقوله اعتبارا بسائر الايام اراد بها الايام اليومين اعني الثاني والثالث لان رمي جمرة العقبة في يوم النحر
قبل الزوال جائز بلا خلاف فقوله بخلاف الاول والثاني يعني الاول والثاني ما يرمى فيه الجمار الثلاث لا الاول
والثاني من ايام النحر وقوله من المشهور في الرواية احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنهما انه كان من قصده
ان يتعجل في النفر الاول فلا باس بان يرمي في اليوم الثالث قبل الزوال وان رمى بعده فهو افضل وان لم يكن ذلك
من قصده لا يجوز ان يرمي الا بعد الزوال وذلك لدفع الحرج لانه اذا نفر بعد الزوال لا يصل الى مكة الا بالليل فيحرج في
تحصيل موضع النزول ووجه الظاهر انه عليه السلام لم يرم فيه الا بعد الزوال وقوله ثم عند ابي حنيفة حاصله
ان ما بعد طلوع الفجر من يوم النحر الى طلوع الشمس وقت الجواز مع الاساءة لكن ما بعده الى الزوال وقت مسنون وما بعد
الزوال الى الغروب وقت الجواز من غير اساءة والليل وقت الجواز بالاساءة كذا في مبسوط شيخ الاسلام وعن ابي يوسف
انه يمتد اي وقت الرمي الى وقت الزوال لان الوقت يعرف بتوقيت الشرع والشرع ورد بالرمي قبل الزوال فلا يكون
بعده وقوله والحجة عليه ما روينا يعني قوله عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم وقوله وبيان الافضل مروي عن ابي
يوسف يعني به ما حكى عن ابراهيم الجراح قال دخلت على ابي يوسف في مرضه الذي مات فيه ففتح عينيه وقال الرمي راكبا
افضل ام ماشيا قلت ماشيا فقال اخطأت فقلت راكبا فقال اخطأت فقال كل رمي بعده وقوف فالرمي فيه ماشيا
افضل وما ليس فيه وقوف فالرمي فيه راكبا افضل فقمت من عنده فما انتهيت الى باب الدار حتى سمعت الصراخ بموته فتعجبت
من حرصه على العلم في مثل تلك الحالة والذي روي جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم رمى الجمار كلها راكبا فانما فعله
ليكون اشهر للناس حتى يقتدوا به فيما يحتاجون منه وقوله ولو بات في غيره اي في غير منى متعمدا فلا يلزمه شيء عندنا
خلافا للشافعي فانه قال ان ترك البيتوتة ليلة فعليه مد وان ترك ثلاث ليال فعليه دم وقاس ترك البيتوتة
في وجوب الجزاء بترك الرمي ولنا انه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه يعني ان المقصود من البيتوتة غيرها وهو ان يسهل
عليه ما يقع في الغد من النسك وهو الرمي فلم يكن مقصودة لنفسها لم تكن من افعال الحج فلم يوجب تركها جابرا كالبيتوتة
ليلة العيد بمنى قال ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة الثقل بفتحتين متاع المسافر وحشمه والجمع اثقال والمحصب اسم
موضع ويسمى الابطح وهو موضع ذو حصى بين مكة ومنى نزل به رسول الله تحصيلا هو الاصح احترازا عن قول ابن عباس رضي
الله عنهما ان النزول به ليس بسنة لكنه موضع نزل فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفاقا والاصح عندنا انه
سنة ونزل فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم قصدا على ما روي انه قال لاصحابه انا نازلون غدا بالخيف خيف
بني كنانة الى اخره والخيف يكون الى المكان المرتفع وخيف بني كنانة هو المحصب وقوله وهي طواف الوداع
الوداع بفتح الواو اسم للتوديع كسلام وكلام وهو واجب عندنا خلافا للشافعي فانه عنده سنة لانه بمنزلة طواف
القدوم ولا يرى ان كل واحد منهما ياتي به الافاقي دون المكي وهو من واجبات الحج فالافاقي والمكي سواء فيه ولنا
قوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن اخر عهده الطواف وانه رخص للنساء الحيض وذلك ايضا دليل
الوجوب والا لم يكن لتخصيص الرخصة بالحيض فائدة والمكي والافاقي في واجبات الحج سواء فيما اذا كانت العلة
مشتركة وها هنا ليست كذلك لان علة هذا الطواف التوديع وليس بموجود في حق المكي ولا في حق من هو فيها والمعنى
ولا في حق من اتخذ مكة دارا ثم بدا له ان يخرج لا يقال لو كان واجبا للوداع لوجب على المعتمر الافاقي لان ركن العمرة
هو الطواف فكيف يصير مثل ركنه تبعا له وقوله لما قدمنا يعني في موضعين من قوله عليه السلام وليصل الطائف
لكل اسبوع ركعتين وقوله لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا وقوله وياتي زمزم اي بعد
تقبيل العتبة واتيانه الملتزم والصاق خده بجدار الكعبة ياتي زمزم فيشرب من مائه ويصب منه على جسده
ويقول اللهم اني اسالك رزقا واسعا وعلما نافعا وشفاء من كل داء وقوله لهذا بيان تمام الحج يعني الحج الذي اراد
النبي صلى الله عليه وسلم بقوله من حج هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته امه كذا في المبسوط
فصل لما ذكر افعال الحج على الترتيب والحق مسائل شتى من افعال الحج في فصل على حدة فان لم يدخل
المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بينا من احكام الوقوف بعرفة سقط طواف القدوم على ما ذكره في الكتاب
وهو واضح وكذلك قوله ومن ادرك الوقوف بعرفة ومالك رحمه الله كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع
الشمس مستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من نهار او ليلا فقد تم حجه والنهار اسم للوقت من
طلوع الشمس وهو محجوج بما روينا انه وقف بعد الزوال وكان مبينا وقت الوقوف بفعله عليه السلام فدل ان ابتدا
الوقوف بعد الزوال وقوله ثم اذا وقف بعد الزوال قال مالك لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل وذلك بان
يكون افاضته بعد الغروب واستدل بقوله عليه السلام من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج

وقلنا هذه الزيادة غير مشهورة وأما المشهور من جاء عرفة فقد فاته الحج وفيما رويناه وهو قوله عليه السلام ساعة من ليل او نهار دليل على انه يعني الوقوف في جزء من وقته يصير مدركا فكان حجة عليه وقوله ومن اجتاز بعرفات نايما او مغمى عليه ظاهر وقوله والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن جواب عما يقال ان الجهل يخل بالنية لا محالة ولا اخلال في اخلال الحج لكونها شرطا وتقريره سلمنا ان الجهل يخل بالنية ولا نسلم ان الاخلال بها اخلال به وانما كان كذلك ان لو كانت شرطا لكل ركن وليس كذلك بل لو كانت موجودة عند اصل هذه العبادة وهو الاحرام حقيقة او دلالة استغني عنها عند وجود كل ركن اذا لم يكن ثمة صارف وانما قلنا اذا لم يكن ثمة صارف حتى احترازا عما اذا طاف بالبيت هارب او طالب غريم ولم ينو الطواف عن الحج فانه لم يجزه وان كانت النية موجودة عند الاحرام لان قصده الهروب او اللحوق وذلك صارف له عن النية الباقية لانها كونها باقية بالاستغناء ضعيفة تنصرف بصارف وقوله ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه اتفق علماؤنا رحمهم الله ان الاحرام يقبل النيابة حتى لو امر انسانا ان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام ففعل صح عندهم لانه شرط بمنزلة الوضوء وستر العورة وليس بنسك فاستقام النيابة بعد وجود نية العبادة منه وهو خروجه لحج البيت واختلفوا في ان عقد الرفقة استنابة كالاذن به قالا ليس باستنابة وصورة ذلك ان يحرم عنه الرفقاء نيابة مع انهم احرموا عن انفسهم ايضا فيصير الرفيق محرما عن نفسه بطريق الاصالة ومحرما ايضا بطريق الاستنابة كالاب يحرم عن ابن صغير معه فكان المحرم حكما في احرام النيابة هو المنوب لا النايب النايب وعبارة النايب فيه كعبارة المنوب حتى لو اصاب النايب صيدا كان عليه الجزاء من قبل احلاله عن نفسه وليس عليه في احرامه عن غيره بلزوم تداخل الاحرامين والثاني انهم شبهوا الاحرام بالوضوء في قبول النيابة وليس مثله لان الانسان اذا توضأ لا يكون غيره متوضيا وان نوى المتوضي عنه وههنا يصير غيره محرما باحرامه والجواب عن الاول ان التداخل انما يلزم ان لو كان المحرم هو النايب في الاحرامين من كل وجه وليس كذلك بل المحرم في احرام النيابة هو المغمى عليه لا النايب على ما ذكرنا وعن الثاني بان التشبيه في الوضوء بان كل واحد منهما شرط يحتمل النيابة ولكن النيابة في الوضوء بالتوضية فيجري الماء على اعضاء المقصود المنوب فيصح له ان يحصل بذلك الوضوء وفي هذا يتولى النايب الاحرام بنفسه ثم فايدة ذلك انه اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج جاز عنده كما لو امره لما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره وكل من كان كذلك ليس بمحرم لا محالة اما انه لم يحرم بنفسه فظاهر واما انه لم ياذن لغيره فلان الاذن اما ان يكون صريحا او دلالة وهو لم يصرح بالاذن اذ هو المفروض وكانت دلالة لانها تتفق على العلم بجواز الاذن بالاحرام لانه اذا لم يعلم بجوازه لا يقدم عليه وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقها فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا ولابي حنيفة رحمه الله الاذن ثابت دلالة لانه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وقد عجز عن مباشرة ما هو المقصود بهذا السفر وهو الاحرام فكان مستعينا بهم على الاستعانة اذن بالاعانة لا محالة فكان الاذن ثابتا دلالة وقوله والعلم ثابت جواب عن قولهما والدلالة تتفق على العلم وتقريره ان العلم ان كان شرطا للدلالة فهو ثابت نظرا الى الدليل وهو عقد الرفقة والحكم يدار على الدليل فثبت الاذن دلالة والدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يكن لها مانع فان قلت هذا حكم الاحرام فما حكم سائر المناسك قلت الاصح ان نيابتهم عنه في ادائها صحيحة الا ان الاولى ان يفعلوا به وان يطوفوا به ليكون اقرب الى ادائه لو كان مفيقا ومنهم من فرق فقال انما صحت النيابة في الاحرام لتحقق العجز وهو ليس بمتحقق في الافعال لانهم اذا احضروا المواقف كان هو الواقف واذا طافوا به كان هو الطايف فان قلت هل لتقييد الاهلال بالرفقا فايدة قلت اختلف فيه قال الشيخ ابو عبد الله الجرجاني كان يقول الجصاص لا يجوز احرام غير الرفقا ثم رجع وقال الرفقا وغيرهم في الجواز سواء لان هذا ليس من باب الولاية بل هو من باب الاعانة وقد قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى والرفقا وغيرهم في ذلك سوا

فصل

والمراة في جميع ذلك كالرجل المراة في جميع مناسك الحج كالرجل لان الخطاب بقوله تعالى ولله على الناس حج البيت يتناول الرجال والنسا فيفعل مثل ما يفعل الرجل الا اشيا ذكرها في الكتاب لا تكشف رأسها وتكشف وجهها ولا ترفع صوتها بالتلبية ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين ولا تحلق ولكن تقصر وتلبس ما بدا لها من المخيط من القميص والدرع والخمار والخف والقفازين ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع الا ان تجد الموضع خاليا ووجه جميع ذلك ظاهر في الكتاب وقوله ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد يعني صيد اقتله في احرام ماض او شيا من الاشيا كبدنة المتعة او القران وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد بدنة فقد احرم وهذا انما على ما ذكرنا ان الاحرام عندنا لا ينعقد بمجرد النية بل لا بد من انضمام شي من خصائصه كتكبيرة الافتتاح في الصلاة وتقليد البدنة والتوجه معها الى الحج يقوم مقام التلبية لان سوق الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة دعاء ابراهيم صلوات الله عليه لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة قيل قوله واظهار الاجابة معطوف على اسم ان اي ان فيه معنى وعلى هذا كان في مرفوعا فهو دليل اخر على كون السوق في معنى التلبية وانا اقول هو من تمام الاول وتقريره المقصود من التلبية اظهار

للاجابة

فقد يكون بالفعل

الاجابة واظهار الاجابة كما يكون بالقول الا ترى ان من قال يا فلان فاجابه تارة يكون بلبيك وتارة بالحضور والامتثال بين يديه فيصير به اي بالسوق محرما لاتصال النية بفعل هو من خصايص الاحرام فحصل الاجابة لبى او لم يلب وان قال بدنة لان الغنم لا تقلد وهذا لان التقليد ليلا يمنع من الماء والعلف اذا علم انه هدي وهذا انما يخاف عن صاحبه كالابل والبقر والغنم ليس كذلك فانه اذا لم يكن معه صاحبه يضيع وقوله فان قلدها او بعث بها ظاهر وكانت الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم مختلفين في هذه المسالة على ثلاثة اقوال فمنهم من قال اذا قلدها صار محرما ومنهم من قال اذا توجه في اثرها صار محرما ومنهم من قال اذا ادركها وساقها صار محرما فاخذنا بالمتيقن وقلنا اذا ادركها وساقها صار محرما لاتفاق الصحابة في هذه الحالة وقوله اذا ادركها وساقها او ادركها ورد بين السوق وعدمه لان الرواية قد اختلفت فيه شرط في المبسوط السوق مع اللحوق ولم يشترط السوق بعد اللحوق في الجامع الصغير والمصنف جمع بين الروايتين وقوله فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصايص الاحرام اما سوق الهدي فظاهر واما اذا ادرك ولم يسق وساق غيره فلان فعل الوكيل بحضرة الموكل كفعل الموكل وقوله الا في بدنة المتعة استثناء من قوله لم يصر محرما حتى يلحقها قال في النهاية ههنا قيد لا بد من ذكره وهو انه في بدنة المتعة استثناء من قوله لم يصر محرما بالتقليد والتوجه اذا حصلا في اشهر الحج فان حصلا في غير اشهر الحج لا يصير محرما ما لم يدرك الهدي ويسير معه هكذا في الزيادات لان تقليد هدي المتعة في غير اشهر الحج لا يعتد به لانه فعل من افعال المتعة وافعال المتعة قبل اشهر الحج لا تعتد بها فيكون تطوعا وفي هدي التطوع ما لم يدرك ويسير معه لا يصير محرما كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وقوله وجه القياس ما ذكرناه يريد قوله لم يوجد منه الا مجرد النية الخ ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله ابتداء احتراز عما وجب جزاء وقوله لانه يختص بمكة دليل كونه نسكا ووجب شكرا للجمع بين النسكين بيان اختصاصه بمكة لان الجمع بين النسكين لا يكون الا بمكة فكان هدي المتعة مختصا بمكة وغيره قد يكون بالجنايات بان اصاب صيدا قبل وصوله الى مكة وقوله وان جلل بدنة او اشعرها التجليل الباس الجل والاشعار البدنة اعلامها بشي انها هدي من الشعار وهو العلامة وكلامه واضح وقوله والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا اعني في موضع البدنة ولين ... تلك الرواية رواها قلنا التمييز من حيث الحكم بالعطف لا يدل على اختلاف الجنسية وكذا التخصيص باسم خاص لا يمنع الدخول تحت اسم العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملايكته ورسله وجبريل وميكال والله اعلم

باب القران

لما فرغ من ذكر المفرد شرع في بيان المركب وهو القران والتمتع الا ان القران افضل من التمتع قدمه في الذكر اعلم ان المحرم على اربعة انواع مفرد بالحج وقد ذكرناه ومفرد بالعمرة وهو من ينوي العمرة ويلبي ويقول لبيك بعمرة ثم ياتي بافعالها وقارن وهو من يجمع بين العمرة والحج في الاحرام فينويهما فيقول لبيك بحجة وعمرة وياتي بافعال العمرة ثم ياتي بافعال الحج من غير تحلل بينهما ومتمتع وهو من ياتي بالعمرة في اشهر الحج او باكثر طوافها ثم يحرم بالحج ويحج من عامه ولكن على وصف الصحة من غير ان يلم باهله الماما صحيحا والقران افضل من هذه الاقسام عندنا وقال الشافعي الافراد اي افراد كل واحد من الحج والعمرة باحرام على حدة افضل وقال مالك التمتع افضل من القران لان له ذكرا في القران فانه قال فمن تمتع بالعمرة الى الحج ولا ذكر للقران فيه وللشافعي حديث عائشة رضي الله عنها انما اجرك على قدر نصبك وان القران رخصة والافراد عزيمة والاخذ بالعزيمة اولى ولان في الافراد زيادة الاحرام والسفر والحلق فان القارن يؤدي النسكين بسفر واحد ويلبي لهما تلبية واحدة ويحلق لهما مرة واحدة والمفرد يؤدي كل نسك بصفة الكمال والاخذ بصفة الكمال اولى ولنا ما رواه الطحاوي في شرحه للآثار انه صلى الله عليه وسلم قال يا ال محمد اهلوا بحج وعمرة معا ولان في القران جمع بين العبادتين فاشبه الصوم والاعتكاف وبين الحراسة في سبيل الله بجانبه الغزاة بالليل والصلاة فيه وقوله والتلبية غير محصورة جواب عن قوله ولان فيه زيادة التلبية وتقريره ان المفرد كما تكرر التلبية مرة بعد اخرى فكذلك القارن فيجوز ان يقع تلبية القارن اكثر من تلبية المفرد وقوله والسفر غير مقصود جواب عن قوله والسفر ووجهه ان المقصود هو الحج وسيلته اليه فلا يوجب عدمه نقصا في الحج وذلك لا يتقدم على الاحرام فعدمه لا يوجب نقصا فيه وقوله والحلق خروج عن العبادة يعني لا يؤثر فيها ليترجح به وقوله والمقصد بما روي يعني قوله عليه السلام القران رخصة نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور اي من اسوأ السيئات وليس المراد بالرخصة ما هو المصطلح لان القران عزيمة وانما المراد به التوسعة وذلك لان اشهر الحج قبل الاسلام كانت للحج فاحل الله تعالى العمرة في اشهر الحج اسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء فكان اجتماعهما في وقت واحد توسعة على الناس فسماه رخصة ويجوز ان يسمى ولا يراد بها المصطلح ويكون رخصة اسقاط كشطر الصلاة في السفر والرخصة في مثله عزيمة عندنا وقوله وللقران ذكر في القران جواب عن قول مالك لان المراد بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله على ما روينا من قبل عن علي في فصل المواقيت وقوله ثم فيه اي في القران مشروع في التمتع بعد تمام الجواب فان قيل المامور به الحج اذا قرن يصير مخالفا ولو كان القران افضل لما كان مخالفا لانه اتى بالمامور به مع زيادة اجيب بانه مامور بصرف النفقة الى عبادة يقع له على الخلوص وهي افراد الحج له وقد صرفها الى عبادة يقع للامر وعبادة يقع لنفسه فكان مخالفا ولقايل ان يقول هل دخل في المامور به بعض القران او لا فان كان الاول فليس القران افضل وان

كان الثاني لا يكون مخالفا ويمكن ان يجاب عنه بانه دخل نقص والا فضل القران الذي كان العاقد فيهما مخص واحد لان فيه
الجمع بين النسكين حقيقة وقبل الاختلاف بيننا يعني ان النزاع لفظي قال وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج
معا من الميقات لكلامه واضح وقوله وكذا لو ادخل حجة قبل عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط يعني يكون قارنا في هذه
الصورة ايضا لوجود الجمع بين الحج والعمرة وصورته ان يحرم بعمرة فيطوف لها اقل من اربعة اشواط ثم احرم بحجة ولو طاف لها اربعة
لا يصير قارنا بالاجماع وقوله وان اخذ لك اي ذكر الدعاء في العمرة والتلبية بان يقول اللهم اني اريد الحج والعمرة ولبيك بحجة
وعمرة لا باس بذلك لان الواو للجمع ولكن تقديم ذكرها فيهما جميعا اولى لان الله تعالى قدم ذكرها في قوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج
وكله الى الغاية ولانه بدا بافعال العمرة فكذا يبدا بذكرها وقوله اعتبارا بالصلوات يعني في الذكر باللسان لم يكن شرطا
فيها وان الشرط ان يعلم بقلبه اي صلاة هي وكذلك هذا او قوله واذا دخل يعني القارن بيان لكيفية العمل وقوله والقران
في معنى المتعة يعني ان النص ورد بتقديم افعال العمرة على افعال الحج في التمتع والقران في معناه لان في كل منهما جمعا
بين النسكين في سفره فيكون واردا فيه ايضا دلالة وقوله عندنا احتراز عن مذهب الشافعي فانه يتحلل عنده بالذبح
وقيل هذا ليس بمشهور عن الشافعي وان المشهور عنه انه يتحلل برمي جمرة العقبة وقوله ثم هذا مذهبنا اي اتيان القارن
بافعال العمرة وافعال الحج جميعا هو مذهبنا وقال الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله صلى الله عليه وسلم
دخلت العمرة في الحج يوم القيمة فيكتفي بافعال الحج عن افعال العمرة والا لا تكون العمرة داخلة في الحج ولان مبنى القران على التداخل
حتى اكتفى بتلبية واحدة وبسفر واحد وبحلق واحد وهذا بناء على ان الاحرام عنده من اركان الحج والاركان فرعا وتبعا
لا يتصور تاديتها في وقت واحد في حال واحدة وحيث جاء الشرع بالقران دل على التداخل فكما وجد التداخل في الاحرام
يجب ان يكون في الطواف والسعي ايضا موجودا دفعا للتحكم وعلى هذا التقدير يكون معنى قوله وكذلك في الاركان اي تبقية
للاركان قوله ولنا انه لما طاف صبي طاهر وقوله ولانه لا تداخل في العبادات منقوض بسجدة التلاوة فانها
عبادة وفيها التداخل واجيب بان المراد بالعبادة المقصودة والسجدة ليست كذلك ولان التداخل فيها لدفع الحرج
على خلاف القياس فلا يقاس عليها ولا يلحق بها الحج لانه ليس في معناها في وجود الحج وقوله والسفر للتوسل جواب عن
قوله حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة الخ لا يقال قوله والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل وقع تكرارا لما دليل الخصم
وفي الجواب عنه لتقدم ذكره في اول الباب مرة لانه ذكرها هناك باعتبار كون القران افضل وهنا باعتبار افراد الطواف
والسعي فيحتاج الى الجواب عنه بالاعتبارين ومثله من التكرار ليس بنكر وقوله ومعنى ما رواه يعني قوله عليه السلام
دخلت العمرة في الحج يعني دخل وقت العمرة في وقت الحج لما ذكر انهم كانوا يجعلون اشهر الحج للحج قبل الاسلام فادخل الله وقت العمرة
في وقت الحج استغناء للسفر الجديد عن الغرباء توسعة وقوله فان طاف طوافين لهما وقوله والسعي بتاخير يعني ان
تاخير سعي العمرة بالاشتغال بعمل اخر كالاكل والنوم وان كان نوما لا يوجب الدم فكذلك الاشتغال بطواف التحية
قال واذا رمى جمرة العقبة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة
لما تقدم والهدي منصوص عليه فيها بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي ولهذا اعني الذبح هنا وقال
في المفرد ثم يذبح ان احب والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكر في بابه والامر بالبدنة هنا البعير وكانه جواب عن ما قال ارادهم
انهم تقولون البدنة تنطلق على البعير والبقر فكيف قال هنا بدنة او بقرة وتقرير ان لا نقول جواب اطلاق البدنة على كل
واحد منهما معتبرها مفردا وهنا كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن المنصوص عليه هدي وهو اسم لما يهدى اي ينقل الى الحرم
وسبع البدنة ليس كذلك ولهذا لو قال ان فعلت كذا فعلي هدي فعلى ما عليه ما استيسر من الهدي فعليه شاة فالجواب ان
القياس ما ذكرتم ولكن يثبت جواز سبع البدنة او البقرة بحديث جابر رضي الله عنه قال اشتركنا حين كنا مع رسول الله وهو
صلى الله عليه وسلم في البقرة سبعة وفي البدنة سبعة وفي الشاة واحد واما في النذر اذا نوى سبع بدنة فلا رواية فيه وعلى
تقدير التسليم فالفرق ان النذر ينصرف الى المتعارف كاليمين وبعض الهدي ليس بهدي عرفا فاذا لم يجد ما يذبح صام ثلثة ايام
في الحج اي في وقته بعد ان احرم بالعمرة والافضل ان يصوم قبل التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لما ذكر فكما ذكر
في الكتاب وسبعة ايام اذا رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة وهذا
النص وان ورد في التمتع ولكن القران في معناه كما مر غير مرة والمراد بالرجوع الى الاهل الفراغ من الحج من باب ذكر المسبب
وهو الرجوع وارادة السبب وهو الفراغ فكان الاداء بعد السبب فيجوز ولقائل ان يقول ذكر المسبب وارادة السبب لا يصح
في المجاز كما عرف في الاصول والجواب انه اذا لم يكن مختصا والفراغ سبب مختص بالرجوع فيجوز فان قيل لا مجاز الا بقرينة
فما هي قلت الطلاق ذكر الرجوع عن ذكر الاهل وقوله ثلثة ايام في الحج فكانه قال وسبعة اذا رجعتم عما كنتم مقبلين عليه لئلا يقبل
في فايدة التذكرة هي الاباحة التي يتوهم من كلمة الواو في قوله وسبعة كما في قوله جالس الحسن وابن سيرين وقيل معناه كاملة
في وقوعها بدلا من الهدي وكلامه واضح وقوله وقال مالك يصوم فيها يعني في ايام التشريق دون يوم النحر لان الصوم
فيه لا يجوز بالاتفاق وقوله ولنا النهي المشهور يعني قوله عليه السلام الا لا تصوموا في هذه الايام وقد تقدم في التعرض

بلفظ

بلفظ المشهور اشارة الى الجواب عما يقال النص يدل على شرعية الصوم في هذه الايام بقوله في الحج فلا يجوز تقييده بغير ايام التشريق
في الحج لانه نسخ للكتاب وتقرير الجواب ان الخبر مشهور فيجوز التقييد به وقوله او يدخله النقص يعني لو لم يقيد به فلا اقل من
ان يورث نقصا وما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا فلا يتأدى فيها ولا يؤدي بعدها اي بعد ايام التشريق لان الصوم بدل
والابدال لا تنصب الا شرعا لان القياس لا مدخل له في معرفة المماثلة بين اراقة الدم والصوم والنص خصه بدلا
بوقت الحج فلا يجوز بعده وفيه بحث من اوجه احدها ان البدل انما يجب اذا كان الاصل متعذرا وههنا ليس كذلك لانه ان
قدر على الهدي لا يجوز ذبحه قبل يوم النحر فكان كمسألة القومس والثاني ان البدل انما يصار اليه عند العجز عن المبدل والعجز
عنه انما يتحقق اذا مضى يوم النحر ولم يقدر عليه فكيف يجوز البدل عنه قبله والثالث ان الدم واجب عليه عندنا اذا
فات صوم الثلثة قبل يوم النحر وهو غير معقول لانه فات بنفسه وببدله فكيف يجب بعد ذلك والجواب ان الصوم بدل
عن الهدي اذا لم يجده بعد ما احرم بالعمرة بالنص واصل من حيث انه موقت بوقت معين وان كان بدلا من كل وجه
كان كالمبدل في الاطلاق بعد ايام النحر لان حكم البدل حكم الاصل في الاطلاق كالتيمم مع الوضوء فبالنظر الى اصالته
جاز بغير تعذر الاصل وقبل تحقق تمام العجز عنه وبالنظر الى البدلية يلزم الهدي اذا قدر عليه قبل التحلل في يوم النحر
للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالحلق واما وجوب الدم بعد مضي ايام النحر اذا لم يصم الثلثة فبناء على الاصل
قيل لان الدم هو الاصل وليس مقيدا بايام النحر لقوله تعالى فما استيسر من الهدي غير مقيد بوقت فيجوز ذبحه في يوم النحر وفيما
بعده وفيه بحث من وجهين احدهما ان دم هدي المتعة موقت بايام النحر وهو على خلاف مقتضى هذا النص ولو لم يكن
مقيدا لجاز قبل يوم النحر وليس كذلك والثاني ان الدم لازم اداء لانه صوم الثلثة عن وقته فكيف عبر المص عنه بقوله وجوز
الدم والجواب عن الاول ان هدي المتعة والقران مختص ذبحه بيوم النحر بدليل يقتضيه على ما سيأتي في بابه ان شاء الله تعالى
ولا يجوز قبله والمراد بالاصل المذكور بما في الكتاب المعهود ان الشيء اذا وجب في وقت معين ولم يقدر عليه المكلف به لم يسقط
عن ذمته ويجوز ان يأتي به بعد ذلك في اي وقت كان وههنا وجب ولم يقدر عليه فيأتي به في اي وقت قدر وعن الثاني انه
عبر عنه بالجواز نظرا الى الصوم فانه لا يجوز في يوم النحر وهذا جائز فيه في غيره فعبر عنه بالجواز بعد الذي سنح لي في هذا الموضع
والله اعلم بالصواب وعن عمر رضي الله عنه انه امر بذبح الشاة ولم يجوز الدم بعد فوات الصوم وهو ظاهر وقوله وذلك خلاف
المشروع يعني ان المشروع ان يكون الوقوف مرتبا على افعال العمرة وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن
عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يصير رافضا للعمرة بالتوجه الى عرفات قياسا على التوجه الى الجمعة ووجه الصحيح ما ذكره
من الفرق بينهما وهو نير ووجه كونه منهيا عنه ان الله امر بابتداء افعال العمرة بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والامر
بالشيء يقتضي كراهة ضده ولا كراهة الا بالنهي وقال الشافعي لا يكون رافضا لعمرته بناء على ان طواف العمرة يدخل في طواف
الحج عنده فلا يجب عليه طواف مقصود للعمرة والفائدة تظهر في وجوب الدم فعندنا سقط عنه دم القران الذي هو نسك
ويلزمه عليه دم لرفض العمرة لان رفع الاحرام قبل اداء الافعال يوجب ذلك كما في الاحصار وعنده لا يجب عليه دم وقضاؤها
لصحة الشروع فيها باب التمتع وجه تاخيره عن باب القران قد سبق هناك فلا نعيده وكلامه واضح قال
بعض الشارحين عرف المص التمتع بقوله ومعنى التمتع الترفق الخ واعترض عليه بانه غير مانع لدخول من يرفق باداء
والعمرة في غير اشهر الحج في سفر واحد الخ والجواب ان ما ذكره المص هو تفسيره واما كونه الترفق في اشهر الحج من عام واحد
فهو شرطه وسنذكره والالمام هو النزول يقال الم باهله اذا نزل وهو على نوعين صحيح وفاسد والاول عبارة عن النزول
في وطنه من غير ان يعقبه الاحرام وهذا انما يكون في المتمتع لم يسق الهدي والثاني ما يكون على خلافه وهو انما يكون فيمن ساق
فقوله المام صحيح احتراز عن الالمام الفاسد فانه لا يمنع صحة التمتع عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما على ما يأتي وقوله
ويحلق او يقصر قال شيخ الاسلام في المبسوط هذا التخيير انما كان له اذا لم يكن شعره ملبدا او معقوصا او مضفورا واما اذا
كان ملبدا فانه لا يتخير لان التقصير لا يتهيأ الا بالنقض وذلك متعذر فيتعين الحلق وقوله وهذا هو تفسير العمرة اي ليس
لها طواف القدوم والصدر لان معظم الركن فيها هو الطواف وما هو كذلك لا يتكرر كالوقوف بالحج في الحج وقوله ويتم به اي يتم
زيارة البيت بوقوع البصر على البيت لان الطواف ركن في العمرة كطواف الزيارة في الحج فكما تقدم قطع التلبية هناك على الاشتغال
بالطواف فكذلك هنا ولنا حديث ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر
وقوله ولان المقصود وهو الطواف بيانه ان هذا الطواف نسك مقصود في هذا اليوم فكان كالرمي في كونه نسكا مقصودا
في ذلك اليوم فكما ان التلبية تقطع عند افتتاح الرمي تقطع عند افتتاح هذا الطواف بجامع ان كلا وقع منهما اول نسك
مقصود في يوم فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يقطع المفرد بالحج التلبية اذا ابتدأ طواف القدوم لانه اول نسك مقصود في هذا
اليوم فالجواب انا لا نسلم انه مقصود لان المراد به ما يكون واجبا وطواف القدوم ليس كذلك سلمناه ولكن ثبت بالنص على خلاف
القياس لما روي انه عليه السلام اردف الفضل من مزدلفة الى منى فلم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة قال ويقيم
بمكة حلالا المتمتع اذا احل من عمرته يقيم بمكة حلالا فاذا كان يوم التروية احرم بالحج ولكن ليس كل ما ذكرنا شرطا فلو احرم قبل

يوم التروية فهو افضل لان فيه اظهار المسارعة والرغبة في العبادة ولانه اشق فكان افضل وكذا الاحرام من الحرم
في غير المسجد جائز لما ذكر في الكتاب وقوله على ما بينا اراد به ما ذكره في افضل المواقيت بقوله ومن كان بمكة فوقته في الحج
الحرم وفي العمرة الحل وقوله وفعل ما يفعله الحاج المفرد يعني حلالا انه لا يطوف طواف التحية لانه لما حل صار بعد كالمكي سوا
ولا تحية للمكي ويرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج وقوله ولو كان هذا المتمتع بعد ما احرم
بالحج طاف يعني طواف القدوم وسعى بعده ان يخرج الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه اتى بذلك مرة ولا تكرار   قبل رمله
فيه ثم الرمل ههنا يسقط سواء رمل في طواف التحية او لم يرمل ولهذا سكت عن ذكره فلم يقل طاف ورمل لان الرمل انما شرع
في طواف بعده سعي ولا سعي ههنا لانه وجد مرة وفي هذا الكلام دلالة على ان طواف التحية مشروع للمتمتع حيث اعتبر رمله
وسعيه فيه وقوله وعليه دم التمتع ظ وقوله خلافا للش فمعنى انه يقول لا يجوز صوم ثلاثة ايام حتى يحرم بالحج لقوله
تعالى فصيام ثلثة ايام في الحج ولنا انه اداه بعد انعقاد سببه وهو الاحرام بالعمرة لانه طريق يتوسل به الى التمتع واداء
المسبب جائز وقوله على ما بينا اشاره الى ما ذكر في القران ان نفس الحج لا يصلح ان يكون ظرفا وقوله وهذا افضل
يعني من متمتع لم يسق الهدي وقوله على ما روينا يريد قوله قالت كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله
لان له ذكرا في الكتاب يريد قوله تعالى ولا الهدي ولا القلائد يدو يلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بالتقليد والتوجه معه على ما سبق
في فصل قبل القران والشروع في الاحرام بالتلبية اولى لانه الاصل والتقليد يقوم مقامه والعمل بالاصل اقوى وفي عند الامكان
لا محاله ثم السوق في الهدي افضل من القود لان النبي صلى الله عليه وسلم سيقت هداياه اذا احرم بذي الحليفة بين يديه وقوله
وقالوا والاشبه يعني الى الصواب في الرواية الايسر وذلك لان الهدايا كانت مقبلة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان
يدخل بين كل بعيرين من قبل الدوس وكان الرمح بيمينه لا محاله فكان يقع طعنه اولا على يسار البعير كان يعطف عن يمينه ويتوالاخر
من قبل يمين البعير اتفاقا للاول لا قصدا اليه فيصار للامر الاصلي الحق بالاعتبار في الهدي اذا كان واحدا وقوله ولما ان
المقصود من التقليد ان لا يهاج اي لا ينفر ولا يطرد عن الماء والكلاء او يرد الى صاحبه اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم
لان القلادة قد تحل وقد يحتمل ان يسقط منها والاشعار لا يفارقها ابدا لكن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة والمثلة
هي ان يصنع بالحيوان ما يكون به مثلا وقيل هي ايلام ما وجب قتله او ابيح قتله فقلنا بحسنه ولابي حنيفة رضي الله عنه انه اي الاشعار
مثلة وانه اي فعل المثلة منهي عنه ولو وقع التعارض بين كونه سنة وكونه مثلة فالترجيح للمحرم فان قيل النهي عن المثلة كان باحد
والاشعار عام حجة الوداع والمتاخر ناسخ فاين التعارض اجيب بان عمران بن الحصين رضي الله عنه روى ان النبي صلى الله عليه وسلم
ما قام خطيبا الا نهانا عن المثلة فكان الاشعار منسوخا فلا اقل من التعارض والترجيح للمحرم للاحتياط او للاحتراز عن تكرار
النسخ وقوله واشعار النبي عليه السلام جواب عن قولهما فمعنى انه مروي عن النبي عليه السلام وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم
لو استقبلت من امري ما استدبرت اي لو علمت اولا ما علمت اخرا لما سقت الهدي وقصة ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم امر
اصحابه بان يفسخوا احرام الحج ويحرموا بالعمرة لما بلغوا مكة تحقيقا لمخالفة الكفرة وكانوا لا يفسخون ولا يحلقون ينتظرون رسول
الله صلى الله عليه وسلم حتى يحلق اولا فاعتذر النبي عليه السلام وقال لو استقبلت الى اخره وبين فيه ان سوق الهدي يمنعه عن التحلل
ولولا ذلك لتحلل وقوله ويحرم بالحج ظاهر وقوله على ما بينا اشاره الى ما قال وعليه دم التمتع للنص الذي تلونا يعني قوله تعالى
فمن تمتع بالعمرة الى الحج وقوله واذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين يعني احرام العمرة واحرام الحج فان قيل التحلل منهما يقتضي
قيام كل منهما عند الحلق ولو كان احرام العمرة باقيا عنده لزم القارن دمان اذا جنى بقتل الصيد قبل الحلق بعد الوقوف بعرفة
وليس كذلك بل عليه دم واحد ولو كان الاحرام باقيا لوجب قيمتان كما قبل الوقوف اجيب بان احرام العمرة باق للتحلل لا غير لان
التحلل لا يتصور بدونه وانما بالنسبة الى ما عداه فليس بباق لان الله تعالى جعل غاية احرام العمرة الحج والمضروب له الغاية لا يبقى
بعد وجودها الا لضرورة وهي بالنسبة الى التحليل لا غير فاذا كان كذلك لم تتوقع الجناية على احرام العمرة فلا يجب لاجله شي كاحرام المفرد
بالحج بعد الحلق فانه لا يبقى في حق سائر المحظورات ويبقى في حق الجماع ضرورة طواف الزيارة وقوله وليس لاهل مكة تمتع ولا
قران اعلم ان اهل مكة ومن كان داخل الميقات لا تمتع لهم ولا قران عند ابي حنيفة واصحابه رحمهم الله واما مهم في ذلك
علي وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم ولو تمتعوا جاز واساوا ولزمهم دم الجبر وقال الش في لهم التمتع والقران
ولكن لا دم عليهم واستدل على ذلك بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فانه باطلاقه لا يفصل بين الافاقي وغيره فان قيل ذلك لم يكن
اشارة الى التمتع المفهوم من تمتع وهو يقتضي ان لا يكون لاهل حاضري المسجد الحرام تمتع اجاب الش في بان ذلك اشارة
الى الهدي المعلوم من قوله تعالى فما استيسر من الهدي ولاجل هذا قلت انه لا دم عليهم ولنا قوله تعالى لمن لم يكن اهله حاضري المسجد
الحرام ووجهه ان موضوع ذلك في كلام العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم وما ذكرتم من الهدي قريب لا يصلح حقيقة له
والتمتع المفهوم من تمتع بعيد يصلح لذلك فيصار اليه لان العمل اذا امكن بالحقيقة لا يصار الى المجاز بالاتفاق فتكون
الاية حجة عليه فان قيل هان دليلكم في الجواب عن استدلاله باطلاقه قلت لا اطلاق فيه ثمة بل كلمة من عامه خصت بقوله تعالى لمن لم يكن اهله
حاضري المسجد الحرام ولنا في شرعهما دليل معقول لنا وتقريره ان شرع المتعة والقران لاجل الترفه باسقاط احدى السفرتين

وهو طاهر والترفه بذلك في حق الافاقي لان غيره لا يشق عليه مد السفر لقربه حتى يترفه واعترض بوجهين احدهما ان النص
ان كان يقتضي ما ذكرتم على ما زعمتم لكنه تخصيص الشي بالذكر لا يدل على النفي عما عداه والثاني ان الله تعالى شرع القران والمتعة ابانة
لنسخ ما كان عليه اهل الجاهلية في تحريم العمرة في اشهر الحج والنسخ ثبت في حق الناس كافة ورجوع الاشارة الى ما ذكرتم ينافي
ذلك واجيب عن الاول بان تخصيص الشي بالذكر كما انه لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا يدل على ثبوته له ايضا وان الاصل فيه العدم
فيبقى الى ان يدل الدليل على خلافه وعن الثاني بان النسخ ثابت عندنا في حق المكي ايضا حتى لو اعتمر في اشهر الحج جاز بلا كراهة
ولكن لا يدرك حقيقة التمتع لان الامام قطع متعته كما قطع متعة الافاقي كما رجع بين النسكين الى اهله وفيه نظر لانه يستدل   اذا لم
به على بطلان المتعة لا على ادراك الفضيلة والصواب ان يقال لان متعته نقصت عن متعة الافاقي يصير دم جبر   عدم
وقوله ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي ليس له متعة ولا قران هذا راجع الى تفسير اهل حاضري المسجد الحرام فعندنا
هم اهل مكة ومن كان داخل الميقات سواء كان بينه وبين مكة مسيرة سفر او لا وعند الش في هم اهل مكة ومن حولها اذا
لم يكن بينه وبين مكة مسيرة سفر كذا في مبسوط شيخ الاسلام وقوله بخلاف المكي متصل بقوله وليس لاهل مكة تمتع ولا قران يعني ليس
له ذلك ما دام بمكة بخلاف ما اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح بلا كراهة لان عمرته وحجه ميقاتان فصار بمنزلة الافاقي قال
المحبوبي في هذا اذا خرج الى الكوفة قبل اشهر الحج واما اذا خرج بعدها فقد منع من القران فلا يتغير بخروجه من الميقات
وانما خص القران بالذكر لانه اذا خرج المكي الى الكوفة واعتمر لا يكون متمتعا على ما نذكره واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه
من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه باتفاق اصحابنا لانه الم باهله فيما بين النسكين الماما صحيحا وقد تقدم تفسيره وبذلك
يبطل التمتع وكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وعدة من التابعين رضي الله عنهم وهذا لان حد التمتع ليس يصادق عليه
حيث ان لكل نسك سفرا من اهله والمتمتع من يترفق باداء النسكين من سفره وتعده وان ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا
على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف المكي متصل بقوله وان ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا بخلاف المكي اذا خرج
الى الكوفة واحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود هناك غير مستحق عليه لان المراد بالعود هو ما يكون عن الوطن
الى الحرم او الى مكة وليس هاهنا بموجود لكونه في الحرم او في مكة فلا يتصور العود واذا ساق الهدي لا يكون متمتعا فلان لا يكون
اذا لم يسق كان اولى وقوله ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج فيه ثلاث مذاهب ذهب الش في الى انه اذا احرم بالعمرة قبل
اشهر الحج لا يكون متمتعا وان ادى الافعال فيها وقال مالك هو متمتع وان لم يؤد فيها اذا كان التحلل عن احرام العمرة فيها وقلنا
ان ادى اربعة اشواط فيها كان متمتعا والا فلا وجه الش في انه لم يجمع بين النسكين في اشهر الحج لتقدم ركن العمرة عليها وهو
الاحرام ووجه قول مالك ان الجمع بينهما موجود باعتبار الاتمام وهو التحلل فيها ولنا ما ذكر في الكتاب ان الاحرام شرط فيجوز
تقديمه كتقديم الطهارة على وقت الصلاة والاعتبار باداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل قيل اذا لم يعارضه
نص فان ثلاث ركعات من الظهر ليس لها حكم الكل لمعارضة النص الناطق برباعية الظهر وقوله فان طاف لعمرته قبل اشهر
الحج ظاهر مما ذكرناه وقوله وهذا اشاره الى انه لم يكن متمتعا واراد بالنسك العمرة ومعناه ان نسك العمرة يفسد اذا
جامع بعد ما طاف ثلاثة اشواط ولم يفسد بعد ما طاف اربعة اشواط فان طاف اربعة اشواط قبل اشهر الحج صار بحيث لا
يفسد نسكه بالجماع فصار كانه تحلل قبل اشهر الحج ولو تحلل قبلها لم يكن متمتعا فكذا هذا وعلى هذا يكون هذا المذكور حجة على
مالك لانه يعتبر الاتمام وهذا في حكم الاتمام في حق عدم الفساد فكذا في حق كونه غير متمتع ولان الترفق انما يكون باداء الافعال
والمتمتع هو المترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج فلا بد ان يوجد الافعال كلها او اكثرها فيه حتى يكون متمتعا
والجواب عن الش في يعلم من هذا لان الاحرام ليس من افعال العمرة بل هو من الشروط قال واشهر الحج شوال وذو
القعدة وعشر من ذي الحجة لما ذكر ان المتمتع هو الذي يترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج احتاج الى ان
يبين الاشهر فقال اشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة فان قلت هل للتمتع اختصاص بذلك او القارن ايضا
لا بد له ان يجمع بين النسكين في اشهر الحج قلت قال صاحب النهاية وجدت رواية في المحيط انه لا يشترط لصحة القران
ذلك قال في المبسوط رجل جمع بين حجة وعمرة اي احرم ثم قدم مكة وطاف لعمرته في شهر رمضان كان قارنا ولكن لا هدي عليه
قوله كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم انما فصل عبد الله بن الزبير عن العبادلة وهم
عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس لانه ما كان منهم في عرفهم من اطلاق العبادلة الا هؤلاء الثلاثة واما
في عرف المحدثين فالعبادلة عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير وليس منهم عبد الله بن مسعود لانه كان
تقدم موته ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وفي هذا اشاره الى نفي قول مالك رحمه الله
وقت الحج جميع الاشهر الثلاثة وهو مروي عن عروة بن الزبير استدلالا بقوله تعالى الحج اشهر معلومات واقل الجمع المتفق عليه ثلثة
وفائدة ذلك انما تظهر في حق جواز تاخير طواف الزيارة الى اخر ذي الحجة فان قلت الحج يفوت بمضي عشر ليال وتسعة ايام
فلا يكون اليوم العاشر وهو يوم النحر من وقت الحج قلت هو متمسك ابي يوسف في غير ظاهر الرواية وكنا نقول فوات الحج بطلوع   ٤
الفجر من يوم النحر لان الوقوف وهو الركن الاعظم موقت بوقت مخصوص يفوت بفواته لا لانه خرج وقت الحج لا يرى انه

طواف الزيارة مخصوص بيوم النحر لا يجوز قبله ويجوز بعده والركن لا يجوز ان يكون في غير وقته وتقابل ان يقول ان اعتبر تم النحر
يلزم ان لا يكون يوم النحر من وقت الحج وان اعتبر تمام الاركان يلزم ان يكون اليوم الثاني والثالث من وقت الحج لان طواف
الزيارة يجوز فيها وحينئذ جاز ان يكون ذو الحجة كله من وقت الحج كما قال مالك والحق ان يقال المنقول في ذلك ما نقل عن العبادلة
وغيرهم من الصحابة والتابعين ان اشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة وفيه نظر لان المنقول عنهم
وعشر من ذي الحجة بالتذكير وهو الليالي فلا تكون مختصة بدخول يوم النحر في وقت الحج والجواب ان ذكر احد العددين من الليالي
والايام بلفظ الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الاخر كما تقدم من الاعتكاف فان قيل سلمنا ذلك لكن ما وجه دخول
شوال وذي القعدة في وقته والحج لا يصح فيهما اجيب بان بعض افعاله يصح فيهما الا يرى ان الافاقي اذا قدم مكة في شوال
وطاف طواف القدوم وسعى بعده فان هذا السعي يكون السعي الواجب في الحج لانه لا يجب الا مرة واحدة ولو فعل ذلك في رمضان
لم يجزه عن السعي الواجب في الحج وقوله وهذا اي ما روي عن العبادلة وما ذكرنا من المعقول لا بد ل على ان المراد من قوله تعالى
الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك ومن الشارحين من قال لفظ اشهر عام يجوز
ان يراد منه بعض وليس بشيء لان ما ينتهي اليه الخصوص اذا كان العام جمع الثلاثة ولان الخصوص انما يكون بافراد بعض
افراد العام لا باخراج بعض كل فرد ومنهم من قال اسم الجمع يشترك فيه ما وراء الواحد بدليل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما
فان المراد بالجمع التثنية وربما كان ذلك عند عدم الالتباس كما في هذا المثال وما فيه ملبس واقول هو من باب ذكر الكل
وارادة الجزء فان قلت فيكون مجازا فلا بد له من قرينة قلت سياق الكلام لانه قال الحج اشهر والحج نفسه ليس باشهر
فكان تقديره والله اعلم الحج في اشهر والظرف لا يستلزم الاستغراق فكان البعض مرادا وعينه ما روي عن العبادلة
وغيرهم وقوله فان قدم الاحرام عليها اي على اشهر الحج جاز عندنا وانعقد حجا خلافا للشافعي فان عنده يصير محرما
بالعمرة لانه ركن عنده فلا يتحقق قبل اوانه فان قيل المذكور في الكتاب يدل على انه لا يقع عن الحج في المدعى ووقوعه اما للعمرة
والجواب ان الاحرام اذا وجد ولم يصلح ان يكون للحج ينصرف الى ما يصلح له حذرا عن الالغاء كمن نوى صوم ايام القضاء
من النهار فانه يكون شارعا في النفل وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت فان قيل
لو كان شرطا لما كره قبل اشهر الحج لكنه مكروه اجيب بان الكراهة ليست للتقديم على الوقت بل لئلا يقع في المحظور بطول
الاحرام وقوله ولان الاحرام تحريم اشياء لا تستلزمه لتحريم قتل الصيد ولبس المخيط وحلق الراس ونحو ذلك وايجاب
اشياء كالرمي والسعي وامثالهما وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان اي الميقات لا يقال هذا كله
تعليل في مقابلة النص وهذا ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال المهل بالحج في غير اشهر الحج مهل بالعمرة وفي ذلك دلالة
على انه ليس بشرط حيث لم يصح تقدمه لانا نقول هذا الحديث شاذ جدا فلا يعتمد على مثله قال وقوله واذا قدم الكوفي
بعمرة هذه المسئلة على اربعة اوجه الاول ما ذكره في الكتاب بقوله ثم اتخذ مكة دارا يعني اقام بها بعد ما فرغ
من العمرة وحلق ثم حج من عامه ذلك وهو في هذا الوجه متمتع والثاني ما ذكره ثانيا بقوله او اتخذ البصرة دارا او حج
من عامه ذلك وقال وهو متمتع وهو ينصرف الى الوجهين جميعا وهو رواية الجامع الصغير ولم يذكر فيه خلافا
والثالث هو ان يخرج من مكة ويجاوز الميقات وعاد الى اهله ثم حج من عامه ذلك وفي هذا الوجه ليس بمتمتع لانه الم
باهله الماما صحيحا ومثله لا يكون متمتعا ولم يذكره لكونه معلوما مما تقدم وقوله اما الاول اي الوجه الاول واما
صار فيه متمتعا لانه ترفقه بنسكين في سفر واحد باشهر الحج من غير ان يلم باهله الماما صحيحا ومثله متمتع واما الثاني
فقيل بالاتفاق ذكر الجصاص انه لا يكون متمتعا على قول الكل ذكره في المحيط وقول المصنف رحمه الله قيل لانه قال
قيل هو بالاتفاق وهو يحتمل ان يكون نافيا كونه متمتعا وكونه انه لا يكون متمتعا والثاني هو المراد على ما ذكره
الجصاص وروى الحاكم الشهيد عن ابي عصمة سعد ابن معاذ رحمهما الله ان ما ذكر في الكتاب يعني الجامع الصغير
قول ابي حنيفة وعلى قولهما لا يكون متمتعا وهكذا ذكر الطحاوي لان المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية
وهذا ليس كذلك لان نسكاه ميقاتيان لانه بعد ما جاوز الميقات حلالا وعاد يلزمه الاحرام من الميقات فكان كالملم
باهله ولابي حنيفة ان السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى اهله فكان بمنزلة من لم يخرج من الميقات حتى عاد وحج والحاصل
ان الاصل عنده انه ما لم يصل الى اهله فهو بمنزلة من لم يجاوز الميقات وعندهما ان من خرج الى الميقات بمنزلة من
وصل الى اهله وانما قال فوجب دم التمتع ولم يقل فهو متمتع لان فائدة الخلاف تظهر في حق وجوب الدم فقال وجب
دم التمتع وهو دم قربة لكونه دم شكر ولهذا احل له التناول منه فيصار الى ايجابه باعتبار هذه الشبهة احتياطا وقوله
فان قدم بعمرة اي باحرام عمرة فافسدها بان جامع امراته قبل افعال العمرة وفرغ منها يعني مضى وقصر فتحلل ثم اتخذ البصرة
دارا ثم اعتمر في اشهر الحج اي قضى العمرة التي افسدها وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا عند ابي حنيفة يعني اذا كان خروجه الى
البصرة في اشهر الحج واما اذا خرج قبل اشهر الحج واعتمر وحج من عامه ذلك فانه يكون متمتعا بلا خلاف كذا في النهاية ناقلا
عن مبسوط شيخ الاسلام والفوائد الظهيرية وقال ابو يوسف ومحمد هو متمتع والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب
وقوله

وقوله اذا تمتعت المراة فضحت بشاة لم يجزها من المتعة لانها اتت بغير الواجب عليها اذ الواجب عليها دم المتعة والاضحية
ليست بواجبة ولو كانت واجبة بان اشترت بنية الاضحية فكذلك واجب اخر عليها غير ما وجب بالتمتع وكذا الجواب
في الرجل وانما خصت المراة لان السائل كانت امراة فوضعت المسئلة على ما وقع واما لان الغالب من حال النساء الجهل
وبنية التضحية في هدي المتعة لا يكون الا عن جهل ثم لما لم يجزها عن دم المتعة كان عليها دمان سوى ما ذبحت دم المتعة الذي
كان واجبا عليها ودم اخر لانها قد حلت قبل الذبح واذا حاضت المراة عند الاحرام اغتسلت واحرمت وصنعت كما يصنعه
الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف وهو ما روي ان النبي صلى
الله عليه وسلم دخل عليها وهي تبكي فقال عليه السلام ما يبكيك لعلك نفست فقالت نعم فقال عليه السلام هذا شيء كتبه
الله على بنات ادم دعي عنك العمرة او قال ارفضي عمرتك وانقضي راسك وامتشطي واصنعي جميع ما يصنع الحاج
غير انك لا تطوفي بالبيت والاستدلال انما هو بقوله واصنعي جميع ما يصنع الحاج وليس فيه ما يدل على الاغتسال
ولكن فيما روى ابو داود في السنن باسناده الى عائشة رضي الله عنها قال نفست اسما بنت عميس محمد بن ابي بكر
رضي الله عنه فامر النبي عليه السلام ابا بكر ان تغتسل وتهل دليل على ذلك ولان الطواف في المسجد والحائض ممنوعة
عن دخوله والوقوف في المفازة وليست ممنوعة عنها فان قيل لا فائدة في هذا الاغتسال لانها لا تطهر به مع قيام الحيض
اجاب بقوله وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلاة فيكون مفيدا للنظافة وقوله ولا شيء عليها لطواف الصدر اي
لترك طواف الصدر لانه صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر روت عائشة رضي الله عنها
ان صفية بنت حيي حاضت فقال عليه السلام عقرى حلقى انك حابستنا اما كنت طفت يوم النحر قالت بلى قال
عليه السلام فلا باس انفري فلما ثبتت الرخصة للحيض والنفساء في ترك طواف الصدر لم يجب بتركه شيء لان الاصل
ان كل نسك جاز تركه لم يجب بتركه شيء وعقرى وحلقى مقصور عند المحدثين ومعناه عقرها الله واصابها في حلقها وجع
وقوله ومن اتخذ مكة دارا ظاهر وقوله بعد ما حل النفر الاول يعني اليوم الثالث من ايام النحر لانه دخل بوجوب
وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك كمن اصبح وهو مقيم في رمضان ثم سافر فلا يحل له ان يفطر فاما ان اتخذ
مكة دارا قبل ان يحل النفر الاول فلا يجب عليه طواف الصدر لانه صار كمقيم سافر قبل ان يصبح فانه يباح له الافطار
وعلى قول ابي يوسف يسقط عنه طواف الصدر الا ان يكون عزم على الاقامة بعد ما افتتح الطواف لان وقت الطواف
باق بعد ما حل النفر الاول وما بقي الوقت لا يصير دينا في ذمته فيسقط بالعارض المغير كالمراة التي حاضت في وقت الصلاة
لا يلزمها قضاء تلك الصلاة

باب الجنايات

لما فرغ عن بيان احكام المحرمين بدا بما يعتريهم من
العوارض من الجنايات والاحصار والفوات وهي جمع جناية والجناية اسم لفعل محرم شرعا سواء حل بمال او نفس لكنهم
اعني الفقهاء خصوها بالفعل في النفوس والاطراف واما الفعل في المال فسموه غصبا والمراد ههنا فعل ليس للمحرم ان يفعله
وانما جمع لبيان انها انواع وقوله واذا تطيب المحرم التطيب عبارة عن لصوق عين له رائحة طيبة ببدن المحرم او بعضو
منه فلو شم طيبا ولم يلتصق ببدنه من عينه شيء لم يجب عليه شيء ذكره اولا ان تطيب المحرم يوجب الكفارة لقوله عليه السلام
الحاج الشعث التفل والتطيب يزيل هذه الصفة فكان جناية لكنها تتفاوت بتفاوت محل الجناية ففصل ذلك
بقوله فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وقوله فما زاد فصل في البين وقوله ذلك مثل الراس ظاهر والفاصل
في الارتفاق بين الكامل والقاصر العادة فان العادة في استعمال التطيب لعضو النفث عضو كامل فتتم به الجناية
وفيما دونه في جنايته نقصان فيكفيه الصدقة وقوله ونحن نذكر الفرق بينهما هو قوله ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق
كامل الى اخره وقوله الا في موضعين يعني اذا طاف طواف الزيارة جنبا واذا جامع بعد الوقوف بعرفة وقوله
الا ما يجب بقتل القملة والجرادة يعني ان التصدق فيهما غير مقدر بنصف صاع بل يتصدق بما شاء وقوله عليه السلام
الحنا طيب قاله حين نهى المعتدة ان تختضب بالحنا وان صار ملبدا ابان كان الحنا جامدا غير مايع فعليه دمان دم للتطيب
ودم للتغطية يعني اذا اعطاه يوما الى الليل فان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وكذا اذا اعطى ربع الراس اما اذا
كان اقل من ذلك فعليه صدقة وقوله باعتبار انه ذلك يغلف راسه اي يغطيه والوسمة بكسر السين وهو افصح
وسكونها شجرة ورقها خضاب وقوله وهذا اي تاويل ابي يوسف بالتغليف صحيح لان تغطية الراس يوجب الجزاء وقوله
ثم ذكر في الاصل يعني في مسئلة الحنا راسه ولحيته واقتصر في الجامع الصغير على ذكر الراس خاصة وفي ذلك دلالة
على ان كل واحد منهما مضمون وقوله وان ادهن بزيت يعني بزيت خالص اما المطيب بغيره فيجيء ذكره فعليه دم اذا
بلغ عضوا كاملا وكلامه ظاهر وقوله انه اصل الطيب فان الروايح تلقى فيه فتصير غالية فصار كبيض الصيد في
الاصالة يلزم بكسره الجزاء فكذا باستعماله وهذا الخلاف في الزيت البحت اي الخالص والحل اي دهن السمسم اما المطيب منه
كالبنفسج وهو معروف والزنبق على وزن العنبر دهن الياسمين وما اشبههما كدهن البان والورد ففيه باستعماله
الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جراحة او شقوق رجليه فلا كفارة

عليه وهو ظاهر وقوله بخلاف ما اذا تداوي بالمسك وما اشبهه كالعنبر والكافور لانه طيب بنفسه فيجب الدم باستعماله
وان كان علي وجه التداوي وقوله وان لبس ثوبا مخيطا حكم الليلة ايضا كذلك وقوله ولنا ان معني الترفق مقصود
من اللبس لانه اعد لذلك قال الله تعالي سرابيل تقيكم الحر وهذا المعني يمتد فيكون الارتفاق كاملا وقد يقصر فيكون ناقصا
فلا بد من حد فاصل بين الكامل والقاصر ليتعين الجزاء الجابر ذلك فقدر باليوم او الليلة لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة فان
من لبس ثوبا يلتف بالنهار ينزعه في الليل ومن لبس ثوبا يلتف بالليل ينزعه في النهار فاذا نزع دل علي تمام الارتفاق
فيجب فيه الدم وما دون ذلك يتقاصر الجناية فيه لنقصان الارتفاق فيجب الصدقة غير ان ابا يوسف اقام الاكثر مقام
الكل لان المرء قد يرجع الي بيته قبل الليل فينزع ثيابه التي لبسها للناس فكان اللبس في اكثر اليوم ارتفاقا مقصودا
ولكن هذا غير مضبوط فان احوال رجوع الناس الي بيوتهم قبل الليل مختلفة بعضهم يرجع في وقت الضحي وبعضهم
قبله وبعضهم بعده وكان الظاهر هو الاول وقوله ولو ارتدي بالقميص او اتشح به الاتشاح هو ان يدخل ثوبه تحت
يده اليمني ويلقيه علي منكبه الايسر وقوله خلافا لزفر هو يقول القباء مخيط فاذا ادخل فيه منكبيه صار لابسا للمخيط فاشبه
فان القباء ليس هكذا عادة وقلنا ما لبس لبس القباء لان العادة في ذلك الضم الي نفسه بادخال المنكبين واليدين لانه ماخوذ
من القبو وهو الضم ولم يوجد ولهذا يتكلف في حفظه وعلي هذا الوزره ولم يدخل يديه في الكمين كان لابسا لانه لا يتكلف
اذ ذلك في حفظه ديا اعاد وقوله والتقدير في تغطية الراس ليبتني عليها الفروع وقوله ما بساه هو ما قاله وعلي
راسه يوما كاملا وقوله ولا خلاف انه اذا غطي راسه ظاهر وقوله يعتاده بعض الناس كالاتراك والاكراد فانهم
يغطون روسهم بالقلانس الصغار ويعد من ذلك رفقا كاملا وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الراس اعتبارا بالحقيقة
اي بحقيقة الكثرة اذ حقيقتها انما تثبت اذ اقابلها اقل منها هو الربع والثلث كثير حكما لا حقيقة وقوله واذا حلق ربع
راسه ظاهر وقال مالك لا يجب الا بحلق الكل عملا بقوله تعالي ولا تحلقوا روسكم فان الراس اسم للكل وقال الشافعي يجب
بحلق القليل وهو ثلث شعرات وعلق الحكم باسم الجنس والحكم المعلق باسم الجنس يتادي بادني ما يطلق عليه الاسم كما في
ثياب الحرم ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل لانه معتاد فان الاتراك يحلقون اوساط روسهم وبعض العلوية
يحلقون نواصيهم لا بتغاء الراحة والزينة والارتفاق الكامل يتكامل به الجناية فاشار الي ان الجناية تتكامل بالبعض
ايضا وفي قوله ويتقاصر معاوضة اشارة الي نفي قول الشافعي انه يجب الجزاء بالقليل فاشار الي ان الجناية في القليل
قاصرة فكيف توجب الدم وما حلق اللحية فانه متعارف لان الاكاسرة كانوا يحلقون لحيتهم وكذلك الاخذ
من اللحية مقدار الربع وما يشبه معتادا بالعراق وارض العرب فكان مقصودا بالارتفاق في حلق الراس فالحق به
احتياطا لايجاب الكفارة في المناسك فانها مبنية علي الاحتياط حتي وجبت بالاعذار بخلاف تطييب ربع العضو
لانه غير مقصود والعادة في الطيب ليست في الاقتصار علي الربع فكان العضو الكامل في الطيب كالربع في الحلق في
حق الكفارة وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل
واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذي ونيل الراحة فاشبه العانة قيل اذا كان كل واحد من الابطين مقصودا بالحلق
وجب ان يجب بحلقهما دمان واجيب بان جنايات المحرم اذا كانت من نوع يجب فيها ضمان واحد كالذي يزيل انه اذا ازال الشعر
جميع بدنه بالنورة لم يلزمه الا دم واحد وذكر في الابطين الحلق ههنا يعني في الجامع الصغير وفي الاصل اي المبسوط النتف
وهو السنة فيها الحلق لما جاء في الحديث عشر من الفطرة منها الاستحداد وتفسيره حلق العانة بالحديد وقال ابو يوسف ومحمد اذا حلق
عضوا فعليه دم قيل قولهما بيان لقول ابي حنيفة رضي الله عنه لا انه خالفهما في ذلك وانما خصهما بالذكر لان الرواية محفوظة
عنهما وقوله اراد به اي بقوله عضوا الصدر والساق وما اشبه ذلك مثل الفخذ والعضد فان قيل الجناية بالحلق انما تتكامل
اذا كان العضو مقصودا بالحلق وما ذكرتم ليس كذلك قلت هذا الذي ذكرته هو ما ذكر في المبسوط قال بعد ما ذكر حلق الراس
ثم الاصل بعد هذا انه متي حلق عضوا مقصودا بالحلق من بدنه قبل اوان التحلل فعليه دم وان حلق ما ليس بمقصود فعليه
صدقة ثم قال وما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ولكن المصنف ذكر ما هو الموافق لرواية الجامع الصغير لفخر
الاسلام نظرا الي انه مقصود بالتنور اي ازالته بالنورة ولا فرق عند الائمة الاربعة في ازالة الشعر بين الحلق والنتف
والتنور فكانت الجناية بحلق كله كاملة وبحلق بعضه قاصرة وقوله فان اخذ من شاربه ظاهر وقيل الشارب عضو مقصود
بالحلق فان من عادة بعض الناس حلق الشارب دون اللحية فكان الواجب تكامل الجناية بحلقه واجيب بانه مع اللحية
في الحقيقة عضو واحد بيصال البعض بالبعض فلا يجعل في حكم اعضاء متفرقة كالراس فان من العلوية من عادته حلق مقدم
الراس وذلك لا يدل علي ان كله ليس بعضو واحد وقوله يدل علي انه هو السنة دون الحلق هو المذهب عند بعض المتاخرين
من مشايخنا لما روي عن النبي عليه السلام انه قال عشرة من فطرتي وفطرة ابراهيم خليل الرحمن وذكر من جملتها قص الشارب
وقوله حتي يوازي الاطار قال اهل المغرب اطار الشفة ملتقي جلدتها ولحمها مستعار من اطار المنخل والدف وان حلق مواضع
المحاجم فعليه دم المراد بالمحاجم هنا جمع محجم اسم الة من الحجامة بدليل ذكر لفظ الموضع فلا يصح ان يكون جمع محجم بفتح الميم اسم

موضع

موضع من الحجامة ودليلهما ظاهر واما دليل ابي حنيفة ففيه اشتباه لانه جعل حلقه مقصودا ووسيلة وهما متنافيان
واجيب بانه لم يقل بان حلقه مقصود لذاته بل قال مقصود وما لا يتم المقصود لذاته الا به فهو مقصود وان كان لغيره فلا تنافي
بينهما بقي الكلام في ان المراد بالمقصود اعم من ان يكون لذاته او لغيره وقوله حتي عضوا كاملا يعني ان هذا الموضع في حق الحجامة عضو
كامل وقوله وان حلق يعني المحرم راس محرم بامره او بغير امره الحالق والمحلوق راسه اما ان يكونا حلالين او محرمين او الحالق
حلالا والمحلوق محرما او بالعكس من ذلك فالاول لا كلام فيه والثاني علي الحالق فيه الصدقة حلق بامر المحلوق او بغير امره
حتي قال الشافعي فيهما فانه يقول لا شيء علي الحالق مطلقا لان الموجب هو الارتفاق وهو لا يتحقق بحلق شعر غيره ولا علي
المحلوق اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج المكره من المواخذة بحكم الفعل والنوم ابلغ منه لان
القصد يفسد بالاكراه وينعدم بالنوم وقلنا في الحالق ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه
الامان بمنزلة نبات الحرم وتناول محظورات الاحرام يوجب الجزاء سواء كان في بدنه او في غير بدنه كما في نبات الحرم فلا
يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان الجناية في شعره متكاملة فيلزمه فيه الدم وفي غيره الصدقة وفي المحلوق
راسه بعروض السبب وهو نيل الراحة والزينة وذلك يوجب الدم والنوم والاكراه لا يصلحان مانعين لان النائم ينبغي
بما دون الحكم قيل ذكر المصنف ههنا ان بحلق الشعر يحصل الزينة فيوجب الكفارة وذكر في الديات في هذا الكتاب
ان في شعر الراس الدية لانه يفوت به منفعة الجمال وذلك يناقض لان الجمال هو الزينة واجيب بانه جمال من
حيث الخلقة ولهذا يتكلف عادمه في ستره ويحصل بحلقه زينة ازالة الشعث والتفل واذا احتلق الجهة زال
التناقض وقوله بخلاف المغمي متصل بقوله حتما اي بخلاف المحرم المضطر الي حلق راسه فانه اذا حلقه يتخير ان شاء
ذبح شاة وان شاء تصدق علي ستة مساكين وان شاء صام ثلثة ايام لان الافة هنالك سماوية وفي صورة النزاع
من العباد ثم المحلوق راسه لا يرجع علي الحالق بما وجب عليه من الدم وقال بعض العلماء يرجع لانه هو الذي اوقعه في
هذه الغرامة فكانه اخذ هذا القدر من ماله وقلنا الدم انما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور اذا ضمن العقر لا يرجع
علي الغار لانه في مقابلة ما استوفاه من منافع البضع وقوله وكذا اذا كان الحالق محرما في الوجهين اراد به
ما كان بامره او بغير امره وقوله فان اخذ يعني المحرم من شارب حلال او قص اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا
يعني قوله ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام وقوله ولا يعري عن نوع ارتفاق اشارة الي
الجواب عما قال الشافعي رضي الله عنه تحلق راس غيره والاخذ من شاربه بمنزلة ان يلبس غيره مخيطا في عدم ارتفاقه فكما
لا يجب في الالباس عليه شيء فكذلك ههنا وذلك لان في الحلق واخذ الشارب ارتفاقا له لان الانسان يتاذي بتشعث غيره كما
في الناس المخيط فذلك يتاذي التاذي بتشعث غيره اقل من التاذي بتشعث نفسه فيلزمه الطعام وقوله وان قص اي المحرم
اظافير يديه ورجليه ظاهر وقوله لان الجناية من نوع واحد يعني تسمية ومعني يعني اما تسمية فلان الكل يسمي قصا واما
معني فلان الارتفاق من حيث القص وهو شيء واحد وقوله لان مبناها علي التداخل يعني ان المحرم اذا اكل صيد الحرم
يكفيه قيمة واحدة وان كانت الجناية في حق الحرم والاحرام جميعا فكان مبناها علي ذلك فاشبه كفارة الفطر وهما يقولان
كفارة الاحرام بمعني العبادة فيها غالب بدليل انها تجب علي المعذور كالمكره والنائم والمخطي والناسي والمضطر وبالنظر الي
ذلك لا يتداخل فعلنا بتقييد التداخل باتحاد المجلس لانه اذا كان في مجلس واحد فالمقصود واحد والمحال مختلفة فرجحنا
اتحاد المقصود بوجود الجامع وهو المجلس واما اذا اختلفت المجالس فيترجح جانب اختلاف المحال ويلزم لكل واحد
دم عملا بالوجهين فان قيل الجنايات اذا كانت من جنس واحد لا يتعدد الكفارة كما اذا حلق راسه في مجالس مختلفة فان عليه
كفارة واحدة لذلك فالجواب ان ههنا اتحاد المقصود واتحاد المحل واتحاد المجلس وكذا الاختلاف فمتي اتحد الجميع لزمه كفارة واحدة
بلا خلاف بينهم ومتي اختلف الجميع لزمه الكفارة متعددة ومتي اتحد المقصود واختلف المحال بان اتحد المجلس يتقوي جانب
الاختلاف وتعددت الكفارة فاذا عرفت هذا لزم ظهور التعدد فيما نحن فيه عند اختلاف المجلس ولزوم الوحدة عند اتحاده ولا
يلزم حلق الراس عليه لان المحل متحد والمقصود كذلك بخلاف محل النزاع لان الخلاف فيه مختلف ولا يشكل بحلق الابطين فان
المقصود متحد والمحال مختلفة ولا يختلف الحال في اتحاد الجزاء بين ما كان المجلس متحدا او مختلفا لان ذلك لا رواية فيه وليس
كانت فيه ما يوجب اتحاد المحال وهو التنوير فانه لو نور جميع البدن لم يلزمه الا كفارة واحدة وقد تقدم ان الحلق مثل التنوير
وليس في صورة النزاع ما يجعلها كذلك وقوله وان قص يدا او رجلا ظاهر وقوله وجه المذكور اي القدوري ان اظافير كف
واحد اقل ما يجب الدم بقلمه فلانه انما وجب الدم باعتبار قيامه مقام الكل وفي ذلك شبهة وليس بعد الشبهة الا شبهة الشبهة
وهي معتبرة وقد اشار الي هذا التعليل بقوله وقد اقمنا مقام الكل وهو في موضع الحال اي انها اقل ما يجب الدم بقلمه
حال كونها مقامة مقام الكل ففيها شبهة التكملة الي اخر ما ذكرنا واما ان كل ما هو كذلك لا يقام اكثره مقامه فلما قال لانه يودي الي
ما لا يتناهي لانه اذا اقيم الثلثة مقام خمسة يقام الاثنين مقام الثلثة ثم الظفر والنصف مقام الظفرين ثم الظفر الواحد مقام
ظفر ونصف وهلم جرا دفعا للتحكم والمراد بقوله الي ما لا يتناهي الي ما يتعسر اعتباره لان الجسم عندنا اهل السنة والجماعة يتناهي

الى الحد الذي لا يتجزى فلا بد له من تاويل وذلك ما قلنا وان قص خمسة اظافير متفرقة بالصفة للمعدود كما في قوله مع اسبع بقوانه
سمان من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف
واحد بجامع انه قص خمسة اظافير ولا تفرقة في ذلك بين ان يكون من يد واحدة او من يد ورجل وبما اذا حلق ربع الراس من
مواضع متفرقة ولهما ان الدم انما يجب عند تكامل الجناية بنيل الراحة والزينة وهذا ليس كذلك لانه بالقلم على هذا الوجه يتاذى
ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد فان من ياخذ شيئا من مقدم راسه وشيئا من موخره فاذا اجمع الجميع يصير مقدار الربع
واذا انتقصت الجناية يجب فيها الصدقة ومقداره لكل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك
دما فينقص منه ما شاء حتى قالوا لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو اربعة فعليه لكل ظفر طعام مسكين الا ان يبلغ ذلك دما
فينقص منه ما شاء قوله وان انكسر ظفر المحرم الخ قوله والاية نزلت في المعذور قال كعب بن عجرة بضم العين وسكون الجيم
مر بي رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل تتهافت على وجهي وانا اوقد تحت قدر لي فقال ايوذيك هوام راسك فقلت نعم
فانزل الله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك فقلت ما الصيام يا رسول الله فقال ثلثة ايام كما ذكره في الكتاب ولولا
تفسيره عليه السلام لقدرناه بستة ايام لانه لما قدر الطعام بستة مساكين كان القياس ان يكون الصوم ستة ايام والحكم في كل
ما اضطر اليه مما لو فعله غير المضطر وجب عليه احد الاشياء المذكورة قوله وكذلك الصدقة عندنا يعني خلافا للشافعي فانه
يقول لا يجزيه الصيام الا في الحرم لان المقصود به الرفق بفقراء الحرم ووصول المنفعة اليهم قوله لما بينا اشارة الى قوله
لانه عبادة في كل مكان قوله واما النسك فلانه يقال نسك ينسك نسكا ومنسكا اذا ذبح لوجهه ثم قالوا الكل عبادة نسك ومنه قوله
تعالى قل ان صلاتي ونسكي والمراد به ههنا الذي يذبح في الحرم بطريق الجزاء عما باشره من محظورات الاحرام كالطيب
والحلق في حالة العذر وذلك مخصوص بالحرم بالاتفاق لان اراقة الدم لم تعرف قربة الا في زمان كالاضحية وهدي المتعة والقران
في ايام النحر او في مكان كما في دماء الكفارات قال الله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة وذلك واجب بطريق الكفارة
وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بمكان وهو الحرم وليس المعنى بالاختصاص اراقة الدم لا غير لانه
تلويث الحرم انما المقصود هو التصدق فاذا ذبح بعد الذبح فعليه ان يتصدق بلحمه على فقراء الحرم وغيرهم عندنا قوله
ولو اختار الطعام اجزاه ظاهر وابو يوسف نظر الى كفارة اليمين في القران فانه ذكر بلفظ الاطعام وهو يفيد الاباحة
وعلى تفسير النبي عليه السلام فانه قال اطعم ستة مساكين ومحمد رحمه الله نظر الى قوله او صدقة فانها تنبي عن التمليك
بخلاف كفارة اليمين فان المذكور فيها الاطعام لا الصدقة

فصل

قدم جناية الطيب ونحوها على جناية
الجماع ودواعيه لان الطيب واللبس كالوسيلة للجماع والوسايل تقدم ولهذا قدم في هذا الفصل ذكر دواعي
الجماع عليه فان نظر المحرم الى فرج امراته اي الى داخل فرجها وهو موضع البكارة وانما يتحقق ذلك عند كونها
متكية بشهوة فامنى اي انزل المني لا شي عليه من الكفارة لان المحرم هو الجماع وهو قضا الشهوة على سبيل الاجتماع
صورة وهو الايلاج ومعنى وهو الانزال ولم يوجد ذلك فصار كما لو تفكر فامنى فانه لا يجب عليه شي لما قلنا فان قبل
او لمس بشهوة فعليه دم سوا انزل او لم ينزل على رواية الاصل وفي الجامع الصغير شرط الانزال حيث قال اذا مس
بشهوة فامنى ولهذا ذكر رواية الجامع الصغير وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج من الادخال بين الفخذين والسرة
والتبطين فان الفرج يراد به القبل والدبر فما دونه يكون ما ذكرنا وروي عن الشافعي انه اذا انزل فسد احرامه في
جميع ذلك يعني التقبيل بشهوة واللمس بشهوة والجماع فيما دون الفرج واعتبر ذلك بالصوم فانه انما يفسد بهذه الاشيا
لانه انزل لانه موافقه معنى ولنا على ان الاحرام لا يفسد او ان الانزال ليس بشرط لوجوب الكفارة في هذه الصور اذا لم
ان فساد الحج يتعلق بالجماع لانه لا يفسد بغيره من المحظورات بالاجماع وهذا ليس بجماع فلا يتعلق به فساد الحج الا ان فيه
الاستمتاع والارتفاق بالمراة وذلك محظورات الاحرام لما تقدم ان دواعي الجماع ملحقة به فيلزمه الدم قوله بخلاف
الصوم جواب عن اعتباره بالصوم لان المحرم فيه قضا الشهوة حيث كان ركنه الكف عنها وقضاؤها بدون الانزال فيما
دون الفرج لا يتحقق وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج باداء افعاله كما يفعل
من لم يفسد حجه والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سيل عمن واقع امراته وهما محرمان بالحج قال يريقان
دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل ولا فرق في ذلك بين ان يكون عامدا او ناسيا او هي نايمة او مكرهة وهكذا
يعني مثل ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم نقل عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقال الشافعي يجب بدنة كما لو
جامع بعد الوقوف والجامع تغلظ الجناية والحجة عليه اطلاق ما روينا وهو قوله عليه السلام يريقان دما وذكره مطلق
فيتناول الشاة لانه متيقن فان قيل المطلق ينصرف الى الكامل والجزور كامل فينصرف اليه فالجواب ان المطلق ينصرف الى
الكامل اذا لم يكن ما يمنعه وهو ههنا موجود لان الجماع قبل الوقوف لما كان سببا للقضا خف معنى الجناية لاستدراك المصلحة
الفايتة بالقضا فلو اوجبنا البدنة لزم ايجاب الجزاء الغليظ في مقابلة جناية خفيفة وهو خلاف مقتضى الحكمة بخلاف ما اذا
كان بعد الوقوف فان الجناية لم تخف لعدم ايجاب القضا فيجب البدنة في مقابلتها على مقتضى الحكمة والى هذا اشار المصنف
رحمه

رحمه الله بقوله ولان القضا لما وجب الى اخره وعن ابي حنيفة في غير القبل منهما اي من السبيلين وقبل من المراة والرجل
لا يفسده لقصور معنى الوطي ولهذا لم يوجب الحد ولم يجب المهر بالاجماع وفي رواية يفسده لانه كامل من حيث انه ارتفاق وعنهما
يفسده لانه يوجب الحد قوله وليس عليه ان يفارق امراته الاصل فيه ان الصحابة رضي الله عنهم قالوا اذا ارجعا للقضا
يفترقان معناه ياخذ كل واحد منهما في طريق غير طريق صاحبه فمالك رحمه الله اخذ بظاهر هذا اللفظ فقال كما خرجا من بيتهما
فعليهما ان يفترقا وقال زفر رحمه الله يفترقان من وقت الاحرام لان الافتراق نسك بقول الصحابة رضي الله عنهم ووقته
اداء النسك بعد الاحرام وهذا ليس بشي لان القضا يحكي الاداء وفي الاداء لم يكن نسكا فلا يكون نسكا في القضا وقال الشافعي
رحمه الله اذا افضيا من المكان الذي جامعها فيه يفترقان لانهما لا يامنان اذا وصلا الى ذلك الموضع ان يهيج بهما الشهوة فيواقعها
والمصنف رحمه الله ذكر دليلنا على وجه هو ادفع لاقوالهم وهو واضح ونقول مراد الصحابة رضي الله عنهم انهما يفترقان على سبيل
الندب ان خافا على انفسهما الفتنة كما يندب للشاب الامتناع عن التقبيل في حالة الصوم اذا كان لا يامن على نفسه ما سواه
ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي فيما اذا جامع قبل رمي جمرة العقبة فان حجه يفسد لانه
احرامه حينئذ قبل الرمي مطلق اي كامل حيث لا يحل له شي مما هو حرام على المحرم والجماع في الاحرام المطلق مفسد للحج كما اذا كان
قبل الوقوف بخلاف ما بعد الرمي فانه خرج او ان التحلل وحل له الحلق الذي كان حراما على المحرم قوله لقوله عليه السلام دليلنا
ووجه ذلك انه صلى الله عليه وسلم قال من وقف بعرفة فقد تم حجه وليس المراد به التمام من حيث اداء الافعال بالاتفاق لبقا بعض ما من الفوات بعدم
الاركان فكان المراد به التمام من حيث انه امن من الفساد بعده لتاكد حجه بالوقوف الا يرى انه الوقوف فكما ثبت حكم التاكد
في الامن عن الفوات كذلك يثبت في الامن عن الفساد فان قيل لو كان كذلك لما وجبت البدنة لان الشي بعد تمامه لا يقبل الجناية
فلا يقتضي جزاء اجاب بقوله وانما تجب البدنة لقول ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما روي عنه انه قال اذا جامع قبل الوقوف
بعرفة فسد نسكه وعليه دم واذا جامع بعد الوقوف فحجته تامة وعليه بدنة وروي انه قال لا يجب بدنة في الحج الا في موضعين
من جامع بعد الوقوف بعرفة ومن طاف طواف الزيارة جنبا ولم يعرف له مخالف فحل محل الاجماع ومثله لا يدخل الراي فيه فكان
مسموعا قوله اولانه قيل انما ذكر بكلمة او لكون اثر ابن عباس رضي الله عنهما غير مشهور فاتى بما يكون متمسكا باحدهما وفيه
نظر لان المطلوب اثبات الوجوب وهو يثبت بخبر الواحد لا يتوقف على الاشتهار ولعله اتى باحد الجايزين بلا ايثار
عن ليته وتقويره الجماع على الارتفاق فان له فورا لذته وكل ما كان كذلك يتغلظ موجبه لوجود التطابق بين الموجب والموجب
مقتضى الحكمة وان جامع بعد الحلق فعليه شاة قوله ومن جامع في العمرة بيان الجناية على احرام العمرة وهو واضح لكن
يتوهم تفضيل طواف العمرة على طواف الزيارة لانه اذا جامع بعد ما طاف لطواف الزيارة بعد ما طاف اربعة اشواط سنة
لم يجب عليه شي وان فعل ذلك في طواف العمرة فعليه شاة كما ذكر في الكتاب وجوابا ان ذلك ليس من جنب التفضيل بل من
حيث محل الجناية وذلك لان طواف الزيارة على الوجه المسنون في الترتيب انما يوتى به بعد التحلل بالحلق او التقصير
غاية ما في الباب انه حكمه ما اخر في حق النسا المعنى وهو وقوع الركن في الاحرام مقام اكثر اشواطه مقام كله بخلاف العمرة
فان طوافها قبل التحلل فكان ارتكاب المحظور في محض الاحرام فيجب الدم ولهذا قلنا ان لم يحلق قبل طواف الزيارة وجامع بعد
ما طاف لها اربعة اشواط وجب عليه الدم كما في طواف العمرة لذلك قوله وقال الشافعي رحمه الله يفسد في الوجهين اي
فيما اذا جامع قبل ان يطوف اربعة اشواط وبعده لانها شيان في افساد الحج فكذلك في العمرة لانها عنده فريضة كالحج قوله
وقال الشافعي جماع الناسي غير مفسد للحج لو قال للاحرام كان اشمل ليتناول العمرة جعل النسيان غير موثر في فساده كما في
الصوم وجعل الاكراه والنوم كالنسيان تنبيها على ان الاكراه لما اباح الاقدام واعدم اصل الفعل مع كونه قاصدا كان
النوم اولى لانتفا القصد واذا انعدم الفعل لم يكن جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا فعل
وهو ان يكون بعين الجماع بقوله تعالى فلا رفث الاية والرفث اسم الجماع وهو لا ينعدم بهذه العوارض وليس في معنى الصوم
لوجود المذكر وهو حالة الاحرام بخلاف الصوم فانه لا مذكر له

فصل

لما فرغ من بيان الجناية على الاحرام ذكر
الجناية على الطواف الذي هو بعد الاحرام في فصل على حدة قوله ومن طاف طواف القدوم محدثا طواف القدوم محدثا
معتد به عندنا وعليه صدقة وقال الشافعي رحمه الله لا يعتد به ولا يجبر بشي لقوله صلى الله عليه وسلم الطواف صلاة ووجه
الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم شبه الطواف بالصلاة وليس بين ذاتيهما من المشابهة لان ذات الطواف هو الدوران
بما ينتفي به ذات الصلاة فيكون المراد ان حكمه حكم الصلاة ومن حكمها عدم الاعتداد بدون الطهارة ولنا قوله تعالى وليطوفوا
بالبيت العتيق ووجه الاستدلال ان الله تعالى امر بالطواف وهو الدوران حول الكعبة من غير قيد الطهارة فلم يكن فرضا
بالاية ولا يجوز الزيادة عليه بخبر الواحد لانه نسخ ثم قيل هي سنة وهو قول ابن شجاع والاصح انها واجبة وهو قول ابي بكر الرازي
لانه تجب بتركها الجابر وهو اما الدم على ما قال به بعض مشايخ العراق او الصدقة كما ذكره في الكتاب وهو مروي عن محمد
وكل ما كان تجب بتركه جابر فهو واجب ولان الخبر يوجب العمل دون العلم فيثبت الوجوب دون الفرضية وقوله ما اذا شرع في هذا
الطواف دليل على وجوب الصدقة على تقدير كونها سنة وذلك لان الشروع في النفل يلزم في الحج بالاتفاق فيصير الطواف واجبا

ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وفيه بحث
من وجهين احدهما ان دخول النقص بترك السنة في حيز النزاع فلا يوخذ في الدليل والثاني انه منقوض بالصلاة النافلة
فانه اذا دخلها نقص يجبر بسجدة السهو كما يجبر الفرض بها ولم يظهر دنو رتبة النفل عن رتبة الفرض فيها فليكن ههنا ايضا كذلك
والجواب عن الاول ان ترك السنة يوجب نقصا وينجبر بالكفارة الا يرى ان من افاض من عرفات قبل الامام وجب عليه دم قال
محمد رحمه الله لانه ترك سنة الدفع وعن الثاني بان الشرع جعل الجابر في الصلاة نوعا واحدا فلا مصير الى غيره وفي الحج جعله متنوعا
فامكن المصير الى ما ينبئ به رتبة الفرض من النفل عن الفرض وهذا كله على رواية الكرخي اختارها المصنف واما على ما ذكره
الطحاوي وشيخ الاسلام انه اذا طاف طواف القدوم او التحية محدثا فلا شيء عليه لانه اذا تركه اصلا لم يجب عليه شيء فكيف اذا اتى به
محدثا فلا يحتاج الى شيء من هذه التكلفات ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن وادخال
النقص في الركن افحش من ادخاله على الواجب وان كان جنبا فعليه بدنة وكلامه ظ وقوله لان الاكثر الشيء له حكم الكل يعترض
عليه بالمقدرات الشرعية كالصوم والصلاة ونحوها فان الاكثر فيها لا يقوم مقام الكل وقد قدمنا الجواب عنه ونزيد
ههنا بيانا وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من وقف بعرفة فقد تم حجه وليس ذلك الا باقامة الاكثر مقام الكل فان
الاكثر فيها مقام الكل فان الاكثر الحج له فرض تليه شرط وركنان وعنده باوقف فقد حصل منها اثنان وهو الشرط واعظم الركنين
واحد الركنين وليس في المقدرات الشرعية مثله فلم يكن لذلك وقوله والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة وجه ذلك انه
تحصيل الجبران بما هو من جنسه فكان افضل وقوله في بعض النسخ يريد به نسخ المبسوط وقوله ثم اذا اعاده يعني طواف الزيارة وقوله
وان اعاده بعد ايام النحر ان هذه للوصل وقوله لا ذبح عليه بناء على ان الطواف الاول وان كان ببعض الطهارة لزم معتدا به والا
لزم الدم على قول ابي حنيفة بالتاخير فاذا كان معتدا به بنقصانه وقد اعاده لم يبق الا شبهة النقصان وهي نقصان
الطواف بالحدث وهي لا توجب شيئا وقوله ولكن اعاده وقد طاف جنبا ظ وقوله وان اعاده بعد ايام النحر لزمه
الدم اي الشاة لان البدنة سقطت بالاعادة بالاتفاق وانما هذا دم يلزمه على قول ابي حنيفة لتاخير الطواف عن ايام
النحر على ما عرف من مذهبه اي من اخر نسكا عن نسك يجب عليه الدم وهذا الذي ذكره وانما هو على اختيار ابي بكر الرازي
رحمه الله في ان المعتد به من الطوافين اذا طاف الاول جنبا انما هو الثاني وان الاول ينفسخ بالثاني اذ لو كان الاول لما
لزمه دم التاخير لان الاول مودي في وقته بخلاف ما اذا طاف الاول محدثا فان المعتد به هو الاول لقلة النقصان فكان
الثاني جابرا للنقصان المتمكن فيه فان قيل ما تقول فيمن طاف لعمرته في رمضان جنبا ثم اعاد طوافه في اشهر الحج وحج من عامه
ذلك فانه لا يكون متمتعا قاله محمد رحمه الله في الكتاب وان كان المعتد به هو الثاني لكان متمتعا اجيب بان الاول المعتمر
لما طاف في رمضان وقع الامن عن فساد العمرة فاذا امن فسادها قبل وقت الحج لا يكون متمتعا فان قيل التحلل يحصل بالطواف
الاول فيكون هو المعتد به اجيب بان الاول يراعى الحكم لتفاحش النقصان فيه فاذا اعاده انفسخ الاول واعتد بالثاني والا
كان هو المعتد به في التحلل وقوله ولو رجع الى اهله ظ وقوله الا ان الافضل هو العود لما ذكرنا من كون الجابر من جنس المجبور
وهو الطواف وقوله ولو رجع الى اهله ظ وقوله لان النقصان بترك الاقل يسير انما كان كذلك لان جانب الوجود راجح
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه خف معنى النقصان وفيه نفع الفقراء وقوله واربعة اشواط يعني من طواف الصدر
وقوله ومن ترك ثلاثة اشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة يعني لاظهار التفاوت بين ترك الاقل من طواف
الصدر والاقل من طواف الزيارة والمراد بالصدقة ههنا هو ان يكون لكل شوط منه نصف صاع من حنطة والحاصل ان
اكثر طواف الصدر بمنزلة اقل طواف الزيارة في وجوب الشاة واذا كان في اكثره شاة فلا بد ان يكون في اقله صدقة
قال ومن طاف طواف الزيارة على وضوء ما ذكر من المسئلتين والفرق بينهما واضح وفايدة نقل طواف الصدر الى طواف
الزيارة سقوط البدنة عنه وههنا اصل وهو ان كل من وجب عليه طواف واتى به في وقته وقع عنه سواء نواه او لم ينوه او نوى
به طوافا اخر لان المحرم اذا دخل مكة فطاف ولم ينو شيئا او نوى التطوع فان كان معتمرا وقع عن العمرة وان كان حاجا وقع من
طواف القدوم وان كان قارنا كان الطواف الاول للعمرة ثم ما بعده للحج سواء نوى التطوع او طوافا اخر وانما كان لذلك
لان الاحرام قد انعقد لادائه فاذا اتى به وقع عن المستحق ولم يتغير بنيته كما اذا سجد ينوي به تطوعا لم يتغير عمه ووقعت
السجدة عما هو مستحق عليه وقوله لما بينا اشارة الى قوله ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه فعليه شاة الى قوله
وما دام بمكة يومر بالاعادة وقوله ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء واضح وقوله واما السعي يعني انما يعيد السعي وان لم
يفتقر الى الطهارة لعدم ورود ما ورد في الطواف من النص فيه لكونه تابعا للطواف لانه لا يعد قربة بدون الطواف
وقوله وليس عليه في السعي شيء معطوف على قوله فعليه دم وقوله وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي يعني ليس عليه شيء
وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعض المشايخ اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي كان عليه دم لانه لما اعاد الطواف
فقد نقض الطواف الاول فاذا انتقض ذلك حصل السعي قبل الطواف فلا يعتد به فيكون تاركا للسعي فيجب عليه الدم وجه
الصحيح وهو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام المحبوبي والمصنف رحمهم الله ان الطهارة ليست بشرط في السعي وان الترتيب

فيه

ان يكون على اثر طواف معتد به وطواف المحدث كذلك ولهذا يتحلل به فاذا اتى به مع تقدم الشرط عليه حصل المقصود
قال فان اعاد تبعا للطواف فهو افضل والا فلا شيء عليه وقوله ومن ترك السعي ظاهر وقوله ومن افاض قبل الامام من عرفات
فعليه دم قال في النهاية كان من حق الرواية ان يقال ومن افاض قبل غروب الشمس فعليه دم لما ان المحظور عليه الافاضة قبل
غروب الشمس واقول قوله هذا يستلزم ذلك لان الاستدامة اذا كانت واجبة الى غروب الشمس فالافاضة قبل الامام
لا تكون الا قبل الغروب لان الظ ان الامام لا يترك ما وجب عليه من الاستدامة وقوله بخلاف ما اذا وقف ليلا متصل بقوله
ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجب فان قيل قوله عليه السلام من وقف بعرفة بليل او نهار فقد ادرك الحج يقتضي
ان لا يكون الامتداد شرطا لا في الليل ولا في النهار فكيف جعلتم شرطا في النهار دون الليل قلت تركنا ظاهره في حق النهار
لقوله صلى الله عليه وسلم فادفعوا بعد غروب الشمس فبقي الليل على ظاهره وان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط
عنه في ظاهر الرواية وروى ابن شجاع عن ابي حنيفة انه يسقط عنه الدم لانه استدرك ما فاته لان الواجب عليه الافاضة بعد
الغروب وقد اتى به فكان كمن جاوز الميقات حلالا ثم عاد الى الميقات واحرم وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب ان المتروك
لا يصير مستدركا معناه ان المتروك سنة الدفع مع الامام وذلك ليس بمستدرك بعوده وحده لا الى له واذا عاد قبل
غروب الشمس حتى افاض مع الامام بعد غروبها فقد اختلفوا فيه فمنهم من قال لا يسقط عنه الدم لان استدامة الوقوف قد
انقطعت ولا يمكن تداركها فيبقى عليه الدم ومنهم من قال يسقط لانه استدرك سنة الدفع مع الامام قال ومن ترك الوقوف
بالمزدلفة قد تقدم ان الوقوف بالمزدلفة ورمي الجمار من الواجبات فاذا تركهما يجب عليه الدم لكن اذا ترك رمي الجمار في الايام
كلها وهي اربعة ايام النحر خاص وتشريق خاص ويومان بينهما نحر وتشريق يكفيه دم واحد وقال بعض المشايخ يلزمه
بترك رمي كل يوم دم لان الجنايات وان كانت جنسا واحدا لكن في مجالس مختلفة فكان كمن قص اظافير يديه ورجليه
في مجالس مختلفة كما تقدم ووجه ما في الكتاب ما ذكره فيه بقوله لان الجنس متحد وكل ما كان كذلك لا يتعدد فيه الكفارة
كما في الحلق فانه ان حلق شعر البدن كله يلزمه دم واحد وان كان يلزمه دم واحد لو اقتصر على حلق الراس او ربعه
وقوله والترك انما يتحقق بغروب الشمس من اخر ايام الرمي جواب ما قال ذلك البعض من المشايخ ان المجالس مختلفة
ووجه ذلك ان ايام الرمي كلها زمان واحد للرمي فلم يتحقق هناك اختلاف المجلس لانه لم يعرف قربة الا فيها على خلاف
القياس فلا يتحقق الترك ما دام فيها كالتضحية في ايام النحر فيرميها على التاليف اي على الترتيب الذي شرع ما دامت
الايام باقية بخلاف قص الاظافير فان تركه ليس بموقت بزمان فيتحقق فيه اختلاف المجلس ثم بتاخيرها عن هذه الايام يجب
الدم وهو شاة عند ابي حنيفة خلافا لهما وان ترك رمي يوم واحد فعليه دم لانه نسك تام فان قيل هذا بظاهره يدل على
انه اذا نفر النفر الاول يجب عليه دم لانه ترك رمي يوم وليس كذلك فانه مخير بين الاقامة والنفر وذلك انه التطوع فكيف
يجب عليه دم اجيب بان التخيير قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع فاما اذا طلع فقد وجب عليه الاقامة والرمي فلو ترك وجب عليه
الدم فكان كالتطوع يخير فيه قبل الشروع ويجب بعده وقوله ومن ترك رمي احدى الجمار مبناه على ان ما كان نسك يوم فتركه
يوجب الدم وما كان بعضه الاقل فتركه يوجب الصدقة فعلى هذا اذا ترك جمرة العقبة يوم النحر يلزمه دم وان تركها في
بقية الايام يلزمه صدقة وهذا اذا لم يقضه في ايام الرمي فاما اذا قضاه فيها فقد سقط الدم عندهما ولم يسقط عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقوله فكان المتروك اقل يعني اذا ترك رمي احدى الجمار لان المتروك حينئذ سبع حصيات والمؤدى به اربعة
عشرة حصاة وقوله الا ان يكون المتروك اكثر من النصف استثناء منقطع من قوله ومن ترك رمي احدى الجمار اي لكن اذا ترك
رمي اكثر من احدى الجمار وبلغ المتروك اكثر من النصف مثل ان ترك احدى عشرة حصاة ورمي عشر حصيات فحينئذ يلزمه
الدم لانه لوجود ترك الاكثر والاكثر يقوم مقام الكل وقوله لانه وظيفة هذا اليوم رميا نصب رميا على التمييز لان فيه
وظايف غيره كالذبح والحلق والطواف فلو اقتصر على قوله لانه وظيفة هذا اليوم لم يكن على ما ينبغي وقوله وكذا اذا ترك
الاكثر منها اي من جمرة العقبة وقوله الا ان يبلغ دما استثناء من قوله تصدق لكل حصاة نصف صاع يعني اذا بلغ قيمة
ما تصدق لكل حصاة قيمة الدم فحينئذ ينقص من الدرهمات حتى لا يلزم التسوية بين الاقل والاكثر وقوله لان المتروك هو
الاقل دليل قوله تصدق قال ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر بناء على ما تقدم ان ابا حنيفة رضي الله عنه يوجب
الدم بالتاخير خلافا لهما وقوله وكذا الخلاف في تاخير الرمي اي في تاخير رمي جمرة العقبة عن يوم النحر وتاخير رمي الجمار من اليوم
الثاني الى الثالث ومن الثالث الى الرابع وقوله وفي تقديم نسك على نسك اي وكذا الخلاف في تقديم نسك على نسك كالحلق
قبل الرمي سواء كان مفردا او غيره ونحر القارن او المتمتع قبل الرمي وحلق القارن والمتمتع قبل الذبح وانما خص القارن بذلك
لان المفرد اذا ذبح قبل الرمي او حلق قبل الذبح فانه لا شيء عليه لان تاخير النسك لا يتحقق في حقه ههنا لكون الذبح غير واجب
عليه فان قيل تقديم نسك على نسك يستلزم تاخير نسك عن نسك فكان في كلامه تكرار فالجواب انه اراد بالتاخير ما يكون
بحسب الايام وبالتقديم ما يكون بحسب الامكنة في يوم واحد فلا تكرار لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء وهو ظ وكل ما هو
مستدرك بالقضاء لا يجب فيه شيء غيره بالاستقراء في احكام الشرع ولابي حنيفة حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال من قدم

نسكا علي نسك فعليه دم فان قيل ثبت في الصحيحين عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه صلي الله عليه وسلم وقف للناس يسألونه
في رجل وقال لم اشعر فحلقت قبل الرمي فقال عليه السلام افعل ولا حرج وما سئل عليه السلام عن شيء قدم او اخر الا قال افعل ولا حرج وذلك
دليل واضح علي ان لا شيء في التقديم والتاخير فالجواب انه متروك الظاهر لانه يدل علي ترك القضاء ايضا ويجوز ان لا يكون
السائل مفردا وتقديم الذبح علي الرمي لا يوجب عليه شيئا كما ذكرنا وكذا غير ذلك مما ذكر ويجوز ان يكون ما اليس بوقت
فلا يوجب التاخير فيه شيئا كسائر ويكون معارضا بما روينا من حديث ابن مسعود وقيل الصحيح ان رواية ابن عباس
رضي الله عنهما فيصار الي ما بعدهما والقياس معنا علي ما ذكر في الكتاب بقوله ولان التاخير عن المكان يوجب الدم
فيما هو موقت بالمكان كالاحرام فان الحاج اذا جاوز الميقات بغير احرام فقد احرم وجب عليه الدم فكذا التاخير عن الزمان
فيما هو موقت بالزمان بجامع يمكن نقصانا لان التاخير فيهما فان قيل معهما ايضا قياس وهو القياس علي سائر ما يستدرك
من العبادات بالقضاء فكان قياسكم في حيز النفي رضي فالجواب ان قياسنا مرجح بالاحتياط فان فيه الخروج عن العهدة
بيقين **قوله** وان حلق في ايام النحر قال المصنف رحمه الله ذكر محمد في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر ان لا شيء عليه
ولم يذكره في الحاج اذا حلق خارج الحرم فقيل انما لم يذكره لانه بالاتفاق في وجوب الدم لان السنة جرت في الحج بان يكون
الحلق بمني وهو من الحرم فتركه يلزم الجابر والاصح انه علي الخلاف وعندهما يجب الدم وعند ابي يوسف لا يجب شيء ووجه
الجانبين علي ما ذكر في الكتاب واضح وقوله فالحاصل ان الحلق يعني في الحج يتوقت بالزمان والمكان اي بيوم النحر والحرم
عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون
المكان وانما قلنا يعني في الحج لان الحلق في العمرة لا يتوقت بالزمان بالاجماع فان قيل اذا كان موقتا بهما كان كالوقوف
فينبغي ان لا يعتد به اذا حلق خارج الحرم كما لو وقف بغير عرفة او طاف بغير البيت فالجواب ان محل الفعل هو الراس
دون الحرم ولكنه جان بالتاخير عن مكانه فيلزمه دم كما يلزمه بالتاخير عن وقته بخلاف ما ذكرتم من الوقوف والطواف
فان محل الفعل هو الجبل وحول البيت وبالخروج عنهما يتبدل المحل فلا يجوز ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه علي
اختصاصه بالمكان قد علم من قوله ولما ان الحلق لما جعل محللا الي اخره واما علي اختصاصه بالزمان فلان الحلق للتحلل
وهذا بالاتفاق وكل ما هو كذلك يتوقت بالزمان كالطواف ووجه قول ابي يوسف اما علي عدم اختصاصه بالمكان فقد
علم من قوله هو يقول الحلق غير مختص بالحرم الخ واما علي عدم اختصاصه بالزمان فهو ان الحلق الذي هو نسك في اوانه
بمنزلة الحلق الذي هو جناية قبل اوانه فكما ان ذلك لا يختص بزمان فكذلك هذا او لو اردت ان تجعله دليلا للتغير
قلت فكما ان ذلك لا يختص بزمان ومكان فكذلك هذا اذ لو كان مختصا بهما لما وقع معتدا به في غير المكان والزمان
كالوقوف بعرفة وقد عرفت جواب ذلك انفا ووجه قول محمد اما علي اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله ولما ان الحلق الي
اخره واما علي عدم اختصاصه بالزمان فهو دليل ابي يوسف علي عدم اختصاصه بالزمان ووجه قول زفر ان التحلل عن الاحرام
معتبر بابتداء الاحرام وابتداؤه موقت بالزمان حتي كره تقديم احرام الحج علي اشهره دون المكان حتي جاز ان يحرم من حيث
شاء قبل الميقات فكذلك التحلل عنه يتوقت بالزمان دون المكان فلو اخره عن ايام النحر لزمه الدم ولو خرج من الحرم
ثم حلق لم يلزمه شيء وقوله وهذا الخلاف اي ما ذكرنا بين علمائنا في التوقيت انما هو في حق التضمين بالدم واما في حق التحلل
فلا يتوقت بالاتفاق **وقوله** لان اصل العمرة لا يتوقت به اي بالزمان فان ركنها الطواف وهو غير موقت بزمان
وفيه نظر لانها في ايام النحر مكروهة فكانت موقتة والجواب ان كراهتها فيها ليست من حيث انها موقتة بغيرها بل باعتبار انه
مشغول بافعال الحج فيها فلو اعتمر فيها لربما اخل بشيء من افعاله فكرهت لذلك وقوله بخلاف المكان لانه موقت متصل بقوله غير
موقت بالزمان واليه ذهب صاحب النهاية ويكون معناه لانه موقت به عند ابي حنيفة ومحمد بناء علي ما تقدم من الاصح ويجوز
ان يكون متصلا بقوله لان اصل العمرة لا يتوقت به اي بالزمان بخلاف المكان لانه اي اصل العمرة موقت به فلا حاجة الي
تاويل وان لم يقصر المعتمر الذي خرج من الحرم حتي رجع الي الحرم وقصر فيه فلا شيء عليه في قولهم جميعا لانه اتي به في مكانه
فلا يلزمه ضمان فلو فعل الحاج ذلك لم يسقط دم التاخير عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقوله وان حلق القارن قبل ان
يذبح معني اذا قدم القارن الحلق علي الذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة دم للقران ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما
يجب عليه دم واحد وهو دم القران ولا يجب بسبب التاخير شيء علي ما قلنا ان التاخير عنده يوجب الدم خلافا لهما هذا
تقرير المسئلة علي ما عليه اصل رواية الجامع الصغير فان محمدا قال فيه في قارن حلق قبل ان يذبح قال عليه دمان دم القران
ودم اخر لانه حلق قبل ان يذبح يعني علي قول ابي حنيفة وعلي هذا انما ذكره المصنف رحمه الله غير مطابق له لانه قال دم
بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وهذا كما تري يشير الي اتحاد ما جنايته ولم يذكر
دم القران وقال وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول يعني الذي يجب بالحلق في غير اوانه لانه لم يذكر اولا سواه
ولم يذكر ايضا دم القران ومع عدم مطابقته فهو مناقض لقوله قبل هذا وقالا لا شيء عليه في الوجهين جميعا اي ان قال
والحلق قبل الذبح وعلي هذا كان الحق ان يقول فعليه دمان عند ابي حنيفة رضي الله عنه دم للقران ودم بتاخير الذبح عن مكانه

سهو

سهو وقع منه لا من الكاتب ولا عتب في السهو علي الانسان فان قيل قد وقع في عبارة بعض المشايخ دم القران واجب اجماعا
ودم اخر بسبب الجناية علي الاحرام لان الحلق لا يحل الا بعد الذبح وواجب ايضا اجماعا ودم اخر عند ابي حنيفة بسبب تاخير
الذبح عن الحلق فيجوز ان يكون المصنف قد اختار ذلك ولم يكن احدهما يذكر دم القران من الجانبين وانما ذكر الاخر واشار
اليه بقوله وهو الاول وذكر المختلف فيه قلت بابايه **قوله** فيما تقدم وقالا لا شيء عليه في الوجهين فانه تصريح بانهما لا
يقولان في هذه الصورة بوجوب شيء يتعلق بالكفارة اصلا علي انه مخالف لما هو الاصل في وضع هذه المسئلة كما هو الجامع
الصغير لمحمد رحمه الله فان قيل فعلي ما ذكره محمد يجب ان يجب عليه ثلثة دما لان القارن مضمونه بالدمين وهو اعني
الامام المحبوبي فالجواب ان ما يجب علي المفرد فيه دم فعلي القارن دمان ولو قدم المفرد الحلق علي الذبح لم يجب عليه شيء فلا
يتضاعف علي القارن **فصل** لما كانت الجناية علي الاحرام بالصيد نوعا اخر فصل عما قبله في فصل
علي حدة الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش في اصل الخلقة فقوله الحيوان بمنزلة الجنس وقوله الممتنع وهو الذي
يمنع نفسه عمن قصده اما بقوائمه او بجناحه يخرج الحيوانات الاهلية كالبقر والغنم ونحوهما والدجاج والبط وقوله المتوحش
في اصل الخلقة ليدخل فيه الحمام المسرول والظبي المستانس ويخرج الابل المتوحشة لان الاستيناس في الاول والتوحش
في الثاني عارضي لا معتبر به وهو علي نوعين بري وهو ما يكون مولده ومثواه في البر وبحري وهو ما يكون مولده ومثواه
في البحر والاعتبار للمولد لانه الاصل فالبط الاوز بري لان مولدهما البر والضفدع بحري لان مولده البحر وصيد
البحر حلال للمحرم سواء كان ماكولا او لم يكن وصيد البر حرام عليه لقوله تعالي احل لكم صيد البحر الاية واستثني رسول
الله صلي الله عليه وسلم اي بين عدم دخولها في الاية لان حقيقة الاستثناء لا تتصور لكنه لما كان عندنا بيانا انه لم
يدخل استعاره له الخمس الفواسق وهو الكلب العقور والذئب والحداة والعقرب والغراب والحية علي ما
ذكر في الكتاب وهي ستة وسياتي العذر عن ذلك وسميت فواسق استعارة لخبثهن وقيل لخروجهن من الحرمة لابتدا
يهن بالاذي ولما كان مشهورا اجازت الزيادة علي الكتاب ولا فرق بين المملوك والمباح والماكول وغيره لتناول
اسم الصيد ذلك كله **قال** واذا قتل المحرم صيدا او دل علي قتله فعليه الجزاء اما القتل
فلما ذكره في الكتاب وهو واضح واما الدلالة فعلي القسمة العقلية اربعة اقسام اما ان يكون الدال والمدلول حلالين
او محرمين او الدال حلالا والمدلول حراما او بالعكس من ذلك والاول ليس مما نحن فيه والثاني علي كل واحد منهما
فيه جزاء كامل عندنا وفي الثالث علي المدلول الجزاء دون الدال كذلك وفي الرابع عكسه وقال الشافعي رحمه الله لا شيء
علي الدال اصلا لان الجزاء بالقتل بالنص والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا وقوله حلالا ليس بقيد
لان المدلول اذا كان محرما فالحكم كذلك ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة رضي الله عنه هل دللتم عليه هل اشرتم
اليه علي ما تقدم في باب الاحرام فانه يدل علي ان الدلالة من محظورات الاحرام فان قيل خبر واحد لا يقاوم النص
الصريح قلت في النص ذكر القتل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل علي نفي الحكم عما عداه والحديث يدل علي ذلك فيثبت
الحكم به وقال عطاء هو ابن ابي رباح تلميذ ابن عباس رضي الله عنهما اجمع الناس علي ان علي الدال الجزاء قال الطحاوي
ولم يرو عن احد من الصحابة خلاف ذلك فصار ذلك اجماعا وردبانه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ليس علي الدال
الجزاء واجيب بانه ليس بثابت ولئن كان فحمل علي ما اذا دل ولم يقتله المدلول فان الاجماع فيما اذا قتله وكان كلامه
غير متعرض لمحل الاجماع ولان الدلالة من محظورات الاحرام والاقدام عليها يوجب الجزاء لا محالة ولانه اي الدلالة
وذكر الضمير نظرا الي الخبر وهو تفويت الامن من الصيد اي الدلالة يفوت الامن من الصيد لانه امن بتوحشه عن
الناس وتواريه عن اعينهم وبالدلالة يزول ذلك فصارت كالاتلاف **وقوله** ولان المحرم دليل اخر يتضمن الجواب عن
قول الخصم فاشبه دلالة الحلال وتقريره ان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض لانه عقد خاص يتضمن ذلك
شرعا والدلالة مباشرة بخلاف ما التزم وذلك يوجب الضمان كدلالة المودع السارق علي الوديعة بخلاف الحلال
فانه لم يلتزم شيئا علي ان فيه اي فيما اذا دل الحلال علي صيد الحرم الجزاء علي ما روي عن ابي يوسف وزفر رحمهما الله
والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد لانه اذا اعلمه لم يكن زوال الامن بدلالته فلا يكون
في معني الاتلاف وان يصدقه في الدلالة ليكون في معني الاتلاف اما اذا كذبه وصدق غيره فلا ضمان في المكذب وفيه
اشارة الي ان الضمان علي ذلك الاخر ان كان الغير محرما وههنا شروط اخر لم يذكرها احدها ان يتصل القتل بهذه الدلالة
لان مجرد الدلالة لا يوجب شيئا والثاني ان يبقي الدال محرما عند اخذه المدلول لان فعله انما يتم جناية به اذا ابقي محرما
الي وقت القتل والثالث ان ياخذه المدلول قبل ان ينفلت فلو صدقه ولم يقتله حتي انفلت ثم اخذه بعد ذلك
فقتله لم يكن علي الدال شيء لان ذلك بمنزلة جرح اندمل ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا انه لا التزام
من جهته فان قيل بل من جهة التزام بعقد الاسلام ان لا يتعرض لصيد الحرم اجيب بان عقد الاسلام ليس بكاف فيه فانه
بل لا بد من عقد خاص كما في عقد الوديعة الا تري ان المسلم التزم بعقد الاسلام ان لا يتعرض لاموال الناس ثم لو دل سارقا علي

ماله ان ن فايده لا ضمان علي الدال والعامد والناسي في وجوب الجزا سوا كانا قاتلين او دالين لانه ضمان يعتمد
الاتلاف لقوله تعالي ومن قتله منكم وكل ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فالعامد والناسي فيه سوا كما في غرامات الاموال وجو
فان قيل ليس هذا كغرامات الاموال الا يري ان رجلين ان اشتركا في اتلاف شاة الغير كان علي كل منهما نصف القيمة
وان اشتركا في قتل صيد كان علي كل واحد منهما جزا كامل فالجواب ان مناط الالحاق هو ان الاتلاف للضمان وقد
وجدت والاتحاد في جميع الجهات يرفع التعدد ويبطل القياس فان قيل هذا تعليل علي مخالفة النص القاطع لقوله
تعالي ومن قتل منكم متعمدا نص علي التعمد وهو ينفي النسيان فالجواب ان التخصيص بالذكر لا يدل علي نفي الحكم عما عداه
فجاز ان يثبت حكم النسيان بدليل اخر وهو قوله صلي الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه شاة من غير فصل بين عمد ونسيان
وهو مذهب عمر بن عبد الرحمن بن عوف وسعد ابن ابي وقاص رضي الله عنهم فان قيل فما فايدة قوله متعمدا اجيب
بانها التنبيه لان الدلالة قد قامت علي ان صفة التعمد في القتل يمنع وجوب الكفارة فاعلم الله تعالي ههنا بانها اذا
وجبت في العمد فلان تجب في الخطا اولي والمبتدي والعايد في الكفارة سوا لان العلة الموجبة كما وجدت ابتدا
فقد وجدت في المرة الثانية فلو تخلف الحكم عنه بطلت فان قيل قال الله تعالي ومن عاد فينتقم الله منه جعل كل جزايه بالغا
انتقام الله تعالي فلا يكون له موجب سواه كما عرف فالجواب ان هذا مذهب ابن عباس وداود الظاهري في ان موجب
العايد ان يقال له اذهب فينتقم الله منك وكنا نقول ان ذلك اذا عاد مستحلا استحقابه كما في قوله تعالي في باب
الربوا ومن عاد فينتقم الله منه الاية فاوليك اصحاب النار الاية واما اذا لم يكن كذلك فعليه الجزا عملا بدلالة النص
وقوله والجزا عند ابي حنيفة وابي يوسف ان يقوم الصيد يعني يقومه ذوا عدل من حيث انه صيد لا من حيث انه زاد عليه
صنعه فاذا اقتل المحرم بازيه المعلم فعليه قيمته غير معلم وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا اقتله لغيره فانه يجب قيمته معلما واجيب
بان وجوب الجزا باعتبار معني الصيد به وهو التوحش والتنفر عن الناس وكونه معلما لا مدخل له في ذلك بل ينتقص
به ذلك فلا يدخل في الجزا واما وجوب القيمة في الاتلاف فباعتبار المالية وهي بالانتفاع وذلك يزداد بكونه
معلما فيدخل في الضمان واما ما يكون له صنعة لانه اذا كانت الزيادة بامر خلقي كما اذا كان طيرا يصوت فازداد قيمته
لذلك ففيه قول باعتبار ذلك في الجزا وايتان في رواية لا يعتبر لانه ليس من معني الصيد في شي وفي اخري يعتبر
لانه وصف ثابت باصل الخلقة كالحمام اذا كان مطوقا وقوله ثم فيه يعني القايل مخير في الفدا الظاهر وقال محمد والشافعي
رحمهما الله يجب في الصيد النظير فيما له نظير اي في المنظور لا في القيمة ففي الظبي شاة قالوا واستدلا علي ذلك بقوله تعالي
فجزا مثل ما قتل من النعم ووجهه ان مثل المقتول من النعم ما يشبه المقتول صورة لان من النعم بيان للمثل والقيمة لا تكون نعما
وبان الصحابه رضي الله عنهم وهم عمر وعلي وعبد الله بن مسعود اوجبوا النظير علي ما بينا يعني قوله ففي الظبي شاة وفي
الضبع شاة وفي اليربوع جفرة وهي التي بلغت اربعة اشهر الي اخره وما ليس له نظير من حيث الخلقة مثل العصفور والحمام
وما اشبههما يجب فيه القيمة عند محمد كما في قوله كقول ابي حنيفة وابي يوسف والشافعي يعتبر المماثلة من حيث الصفات
فاوجب في الحمام شاة للمشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر والعب من باب طلب ان يشرب الماء مرة من غير
ان يقطع الجرع قاله ابو عمرو والحمام يشرب هكذا بخلاف ساير الطيور فانها تشرب شيا فشيا والحمام اذ اصوت من باب
ضرب ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الله تعالي اطلق المثل والمثل المطلق هو المثل صورة ومعني ولا يمكن الحمل
عليه لخروج ما ليس له مثل صوري من تناول النص وفي ذلك اهمال عن حكم الشرع فحمل علي المثل معني لكونه معهودا في الشرع
كما في حقوق العباد اويكون المثل المعنوي من ادا بالاجماع فيما لا مثل له صورة فلا يكون غيره مرادا او الا لزم عموم المشترك
او الجمع بين الحقيقة والمجاز وكلاهما غير جايز هذا ما قالوا واعترض بان المثل ليس بمشترك بين المثل صورة ومعني ولا
هو حقيقة في احدهما مجاز في الاخر حتي يلزم ما ذكرتم بل هو مطلق بينا ولهذا كان لا يتناول المومنة والكافرة فيدخل تحته
المثل المطلق الصوري والمعنوي كما في قوله تعالي فمن اعتدي عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم دخل ما له مثل
صورة ومعني كما في المثليات وما ليس له مثل الا معني كالقيميات والجواب ان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات
لا بالنفي ولا بالاثبات فهو الدال علي الماهية فقط وذلك يجمع تحت كل فرد من افراده المحتملة فلو كان دالا علي ذلك لوجب النقل
عن اللغة وليس كذلك بل هو حقيقة عرفية في المطلق ومجاز في غيره والمجاز ههنا مراد بالاجماع فلا يكون غيره مرادا وبمثل
ذلك نقول في الاية الاخري اما علي قول من يقول موجب الغصب القيمة ورد العين مخلص فظاهر لان الموجب الاصلي اولي
[illegible] ورد العين ثبت بقوله عليه السلام علي اليد ما اخذت حتي ترده واما علي قول من يقول موجب الغصب رد العين واذا
القيمة مخلص فكذلك لكون القيمة ثابتة بالكتاب ورد العين بالسنة وهذا الحل من خواص هذا الشرح وجهد المقل دموعه
وقوله فيه من النعم دليل اخر يعني في اعتبار الاثم معني تعميم لانه يتناول ما له نظير وما ليس له نظير وفي ضده اي في اعتبار المثل
صورة تخصيص لتناوله ما له نظير فقط والعمل بالتعميم اولي لكون النص حينئذ اعم فايده وقوله والمراد بالنص جواب عن قول
لان القيمة لا تكون نعما وتقديره ان المراد بالاية فجزا ما قتل من النعم الوحشي لان المثل بمعني القيمة علي ما بينا ومن النعم بيان
لما

وجوب م

لما بينا قيل والمراد من النعم النعم الوحشي لان الجزا انما يجب بقتله لا بقتل الحيوان الاهلي وقد ثبت ان النعم كما يطلق علي الاهلي
في اللغة يطلق علي الوحشي قاله ابو عبيدة والاصمعي فان قيل ما تصنع بقوله هديا وهو حال من جزا فاذا كان الجزا القيمة
كيف يمكن ان يكون هديا بالغ الكعبة اجيب بان معناه اذا قوم فبلغت قيمته هديا بالغ الكعبة فالقايل بالخيار بين الامور
الثلاثة وقوله والمراد بما روي جواب عن قوله قال عليه السلام الضبع صيد وفيه شاة وعن اثار الصحابة يعني ان ايجاب
النبي صلي الله عليه وسلم والصحابة رضي الله عنهم هذه النظاير لم يكن باعتبار اعيانها اذ لا مماثلة بين الضبع والشاة خلقة
وانما كان باعتبار التقدير بالقيمة الا انهم كانوا ارباب المواشي فكان الادا عليهم منها ايسر وهو نظير قول علي رضي الله عنه
في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية والمراد القيمة قوله ثم الخيار الي القاتل معناه اذا ظهرت قيمة
الصيد بحكم الحكمين وهي تبلغ هديا فالخيار الي ان يجعله هديا او طعاما او صوما الي القاتل عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد والشافعي الخيار الي الحكمين في تعيين احد الاشيا فان حكما بالهدي يجب النظير علي ما بينا وان حكما طعاما او
صوما فعلي ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف يعني من القيمة من حيث المعني لهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان التخيير شرع
رفقا لمن عليه فيكون الخيار اليه ليترفق بالخيار كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي قوله تعالي يحكم به ذوا عدل منكم
هديا الاية ووجه ذلك ان ذكر الهدي منصوبا تفسيرا لقوله يحكم به فان الضمير به مبهم يفسره بقوله هديا فكان نصبا
علي التفسير وقوله قيل اي التمييز فيثبت ان المثل انما يصير هديا باختيار الحكمين وحكمهما او مفعول لحكم الحكم علي
ان يكون بدلا علي الضمير محمولا علي محله كما في قوله تعالي قل انني هداني ربي الي صراط مستقيم دينا قيما وفي ذلك تنصيص
علي ان التعيين الي الحكمين ثم لما ثبت ذلك في الهدي ثبت في الطعام والصيام لعدم القايل بالفصل ولانه عطفهما
عليه بكلمة او وهي للتخيير فيكون الخيار اليهما وفي توجيه هذا الكلام اشكال لان ذكر الطعام والصيام بكلمة او لا يفيد
المطلوب الا اذا كانت كفارة منصوبا علي ما هو قراة عيسي بن عمر النحوي وهي شاذة وان فهي لا يري الاستدلال
بالقراة الشاذة لا من حيث انه كتاب ولا من حيث انه خبر كما عرف في الاصول وقوله قلنا جواب عن استدلالهما وتقريره
ان الدليل انما يصح ان لو كانت كفارة معطوفا علي هديا وليس كذلك لاختلاف اعرابهما وانما هي معطوفة علي قوله فجزا
بدليل انه مرفوع وكذلك قوله تعالي او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن في الاية دليل اختيار الحكمين في الطعام والصيام
واذا لم يثبت الخيار فيهما للحكمين لم يثبت في المكان الذي اصابه المحرم في الهدي لعدم القايل بالفصل وانما يرجع اليهما في
تقويم المتلف لا غير ثم الاختيار بعد ذلك الي من عليه رفقا له ويقومان اي الحكمان في المكان الذي اصابه المحرم فقال
شيخ الاسلام وكذا يعتبر الزمان الذي اصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن والازمان وقوله فان كان الموضع
برا ظاهر وقوله وقيل يعتبر المثني هنا اي في جزا الصيد بالنص وهو قوله تعالي يحكم به ذوا عدل قال في الكشاف عن قبيصة
انه اصاب ظبيا وهو محرم فسال عمر فشاور عبد الرحمن بن عوف ثم امره بذبح شاة فقال قبيصة لصاحبه والله ما علم
امير المومنين حتي سال غيره فاقبل عليه ضربا وقال اتغمص الفتيا وتقتل الصيد وانت محرم قال الله تعالي يحكم به
ذوا عدل منكم فانا عمر وهذا عبد الرحمن وقوله ويجوز الاطعام في غيره يعني سوا كان طعام الاباحة او التمليك
وقوله والصوم يجوز في غير مكة يعني بالاجماع وقوله اذا تصدق باللحم وفيه وفا بقيمة الطعام فانه يصيب كل مسكين
من اللحم ما يبلغ قيمته نصف صاع من بر قياسا علي كفارة طعام مساكين اليمين وكان من شرط تصدقه التعين بخلاف
ما اذا ذبح بمكة فانه اذا تصدق به بعد الذبح علي فقير واحد جاز لان جوازه من حيث الهدي لا من حيث الصدقة وقوله
لان الاراقة لا تنوب عنه اي لان الاراقة الحاصلة بمكان غير الحرم لا ينوب عن الهدي حتي لو سرق المذبوح او ضاع قبل
التصدق به بقي الواجب عليه كما كان بخلاف المذبوح بمكة حيث يخرج عن العهدة وان سرق او ضاع قبل التصدق به فقال
واذا وقع الاختيار علي الهدي اذا اختار القاتل الهدي يهدي ما يجزي به في الاضحية وهو الجذع الكبير من الضان
او الثني من غيره عند ابي حنيفة رحمه الله لان مطلق اسم الهدي ينصرف اليه كما في هدي المتعة والقران فانه ينصرف
الي ما يجزي في الاضحية واعترض عليه بان اسم الهدي قد ينصرف الي غيره كما اذا قال ان فعلت كذا فثوبي هذا هدي
فليكن في محل النزاع كذلك واجيب بان الكلام مطلق الهدي وما ذكرت ليس كذلك لان الاشارة الي الثوب قيدته لذلك
وقال محمد والشافعي يجزي صغار النعم قال في النهاية وذكر في المبسوط والاسرار وشروح الجامع الصغير لفخر الاسلام
وقاضي خان قول ابي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله لان الصحابة رضي الله عنهم اوجبوا عناقا وجفرة فدل
علي جواز ذلك في باب الهدي وعند ابي حنيفة وابي يوسف يجوز الصغار علي وجه الاطعام فيجوز ان يكون ايجاب
الصحابة علي ذلك الوجه واذا وقع الاختيار علي الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا وقال الشافعي وقيل
هو قول محمد تحت المثل ثم يقوم المثل بالطعام واما عندنا فالمتلف هو المضمون فيعتبر قيمته وقوله واذا اشتري
بالقيمة طعاما اشارة الي انه يجوز ان يقوم المتلف بالقيمة ثم يشتري بالقيمة طعاما وقوله ينصرف الي ما هو المعهود
في الشرع يعني نصف صاع من بر كما في صدقة الفطر وكفارة اليمين والظهار وقوله وان اختار الصيام فكذا قوله

وكذا ان الواجب دون طعام مسكين بان قتل يربوعا او عصفورا او لم يبلغ قيمة الاصدام من الحنطة يطعم ذلك القدر او
يصوم يوما كاملا لما قلنا ان الصوم اقل من يوم غير مشروع ٭ ولو جرح صيدا الخ ٭ ما لم يفد اشاره الى انها
اذا كانت مدرة فلا شي عليه لانه لم يتلف صيدا ولا ما هو بعرضيه ان يصير صيدا ٭ وان خرج من البيض فرخ ميت
هذه المسئلة لا تخلو من ان علم انه كان حيا ومات بالكسر او علم انه كان ميتا او لم يعلم ان موته بسبب الكسر او لا فان كان
الاول ضمن قيمته وان كان الثاني فلا شي عليه وان كان الثالث فالقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ
غير معلومة وفي الاستحسان يجب عليه قيمة الفرخ حيا لما ذكر في الكتاب وتقريره البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي
وكل ما هو معد ليخرج منه الفرخ الحي فكسره قبل اوانه سبب لموت ذلك الفرخ وذلك اتلاف له والاتلاف يوجب
الضمان وقوله فيحال به عليه اي بالموت على الكسر والحاصل كان اصله يحال الموت على الكسر اي يضاف اليه فان قيل
بيض النعامة كبطن الظبية ولو ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت الظبية كان عليه قيمتها على ما يجي فعلم لا يكون
عليه ضمان قيمة البيض والفرخ جميعا اجيب بان ضمان البيض ليس لذاته بل باعتبار انه سبب الفرخ ولهذا لا يجب الضمان
اذا كانت البيضة مدرة فاذا وجب ضمان الفرخ لا يجب ضمان البيض ٭ وعلى هذا اي على القياس والاستحسان
اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت كان عليه قيمة الجاريه دون الجنين فكيف وجبت ههنا قيمة الجنين
اجيب بان الجنين في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه والضمان الواجب لحق العباد غير مبني على الاحتياط
فلا يجب في موضع الشك فاما جزاء الصيد فمبني على الاحتياط فرجح فيه شبه النفسية في الجنين ووجب الجزاء وليس في قتل
الفواسق الخمسة شي لان النبي صلى الله عليه وسلم استثنى بقوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداة
والحية والعقرب والفارة والكلب العقور وذكر الذيب في بعض الروايات فقيل لما اذا ذكر الكلب العقور فراده
الذيب في معنى الكلب العقور وذكر المصنف رحمه الله في اول هذا الفصل الحية بناء على ان الرواية او الدلالة
وقوله والمراد بالغراب الذي ياكل الجيف ويخلط اي النجاسات مع غيرها اي ياكل الحب تارة والنجاسة اخرى وقع
تكرارا لانه لا ذكره في اول الفصل مع زيادة معنى وهو كونه مرويا عن ابي يوسف فكان يستغني عن ذكره وقوله الذي
ياكل الجيف خبر لا صفة فكان موضع ضمير الفصل واحترز به عن الغراب الذي ياكل الزرع فانه يجب الضمان بقتله وقوله
لانه يبتدي بالاذى قيل لانه يقع على دبر الدابة وقيل فعلى هذا يكون في قوله في العقعق ولا يبتدي بالاذى نظر
لانه يقع على دبر الدابة وعن ابي حنيفة رضي الله عنه ان الكلب العقور وغير العقور سوا اما العقور فظاهر
لانه ورد فيه الحديث واما غيره فانما لم يجب فيه الجزاء لانه ليس بصيد لعدم توحشه خلقة وقوله لان المعتبر هو الجنس
يعني الحقيقة التي يسمى كلبا لا فرادا دون فرد وهذا لان هذا الجنس ليس بصيد وفيه نظر لانه يفضي الى ابطال
الوصف المنصوص عليه وهو كونه عقورا والجواب انه ليس للتقييد بل لاظهار نوع اذايه فان ذلك نوع فيه
وقوله لانها ليست بصيود يعني انها ليست بمتوحشة عن الادمي بل هي طالبة له وليست بمتولدة من البدن يعني حتى يكون
متشابهة بقضا التفث كالقملة ثم هي مؤذية بطباعها فلا يجب بقتلها شي ٭ ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى يعني
قوله انها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن سماها علة وان كانا في معنى علتين لانه ذكر في موضع السلب
وفي موضع السلب يكون العلل الكثيرة بمعنى علة واحدة لان الحكم ينتفي بالجميع كما انه ينتفي بانتفاء الواحدة ٭
ومن قتل قملة تصدق بما شاء وقد اوضحه في الكتاب وليس الجزاء منحصرا في القتل بل لا القاها في الارض كالقتل سوا
اخذها من راسه او من موضع اخر وقيل في القملتين والثلث كف من حنطة وفي الزيادة على ذلك نصف صاع من حنطة
وقوله شيا يسيرا على سبيل الاباحة وانما لم يكن مشيعا قال في الجامع الصغير لكسرة خبز وقول عمر رضي الله عنه
تمرة خير من جرادة فقصته ان اهل حمص اصابوا جرادا كثيرا في احرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم
فقال عمر اري دراهمكم كثيرة يا اهل حمص تمرة خير من جرادة ٭ قال ٭ ومن حلب صيد الحرم اللبن من اجزاء الصيد لقوله
تعالى نسقيكم مما في بطونه وكلمة من للتبعيض وقوله كالسباع اي سباع البهائم ونحوها اي سباع الطير وقوله وكذا
اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة يعني ان النبي صلى الله عليه وسلم استثنى الكلب العقور وليس المراد به الكلب
المعروف فانه اهلي وليس بصيد فكان المراد ما يتكلب اي يشتد فيتناول الاسد والفهد والنمر وغيرها مكان كان
الله قال لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الا ما كان موذيا ولو كان النص بهذه الصيغة لم يتناول الا ماكول اللحم فكذا
هذا ولنا ان السبع صيد لتوحشه وتنفره من الناس وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده او ليصاد به او لدفع اذاه وكل
ما هو صيد تناوله قوله تعالى لا تقتلوا الصيد فيجب الجزاء بقتله والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد
وكذلك الالحاق بها دلالة لان الفواسق مما تعدو علينا وعلى مواشينا بالقرب منا والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون
في معنى الفواسق ليلحق بها واسم الكلب وان تناوله لغة لم يتناوله عرفا والعرف املك اي اقوى ولهذا يحنث في هذا
الموضع كما في الايمان لبنائه على الاحتياط والاحتياط في ايجاب الجزاء وقوله ولا يجاوز بقيمته شاة والبا للتعدية وشاة

مرفوع

مرفوع لكونه مسندا اليه ومعناه لا يجاوز بقيمة الذي لا يوكل لحمه من الصيود قيمة شاة في ظاهر الرواية وروى الكرخي
انه ينقص من الدم وقال زفر رحمه الله يجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم والجامع الضمان ولنا قوله عليه
السلام الضبع صيد وفيه الشاة فلما ورد الشرع بتقديرها لا يزاد عليه براي لان المقادير تعرف سماعا ولان اعتبار
قيمته بمكان الانتفاع بجلده اذ اللحم غير ماكول لا لانه محارب كما في بعض السباع العمل بعلمه اهل الهند المحاربة يحتشم
بكسر العسكر وهو معنى مطلوب للملوك والسلاطين لكنه خارج عن الصيدية فلا يعتبر ولا لاجل معنى الايذا فيه لان
الايذا معنى لا تقام له شرعا فبقي اعتبار الجلد ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا ٭ واذا صال
السبع على المحرم اي وثب فقتله لا شي عليه وقال زفر يجب اعتبارا بالجمل اذا صال على انسان فقتله الانسان
فانه يجب قيمته وان قتله دفعا عن نفسه وجه لنا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال
انا ابتداناه على الاهداب لا ينتدا فيدل على ان الدافع لا يجب عليه شي والا لم يبق للتعليل فايده واعترض عليه بان
التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يجوز الاستدلال والجواب ان ذلك في خطابات الشرع اما في الرواية
فيدل وفيه نظر لان قول عمر في هذا المحل بمنزلة خطاب الشرع لانه في حيز الاستدلال فلا يفيده والجواب ان
الاستدلال انما هو بفعله وقوله رواية فيفيده ٭ ولان المحرم ممنوع عن التعرض الاستدلال بدلالة
حديث الفواسق ووجهه ان قتلها ابيح دفعا للاذى الموهوم فلان يباح قتل السبع دفعا للاذى المحقق اولى فكان
ماذونا بقتله من الشرع ومع وجود الاذن منه لا يجب الجزاء حقا له لسقوطه باذنه فان الاذن من الشرع لا يستلزم
سقوط الجزاء فان المحرم اذا حلق راسه او تطيب لعذر فهو ماذون من الشرع ولم يسقط الجزاء والجواب ما ذكر بعد
هذا بقوله لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلونا وهو قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى
من راسه الاية فكان لا فايدة للاذن رفع الحرمة لا غير وتحقيقه ان ايجاب الجزاء مع اذن صاحب الحق ثابت بالنص فلا يقاس
عليه غيره لا يقال فيلحق بطريق الدلالة لان الضرورة في الصول ليست كالضرورة في حلق الراس لان الاولى نادرة
والثانية كثيرة بخلاف الجمل الصايل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد ونوقض بالعبد صال بالسيف على رجل
فقتله المصول عليه لا يضمن والاذن موجود من مالكه واجيب بان العبد مضمون في الاصل بانه ادمي حقا للعبد لا حقا
للمولى لكونه مكلفا لمولاه وغيره واذا جاء المبيح من قبله وهو المحاربة سقط حقه كما اذا ارتد وسقوط ماليته التي هي ملك
المولى انما كان في ضمن سقوط الاصل وهو نفسه فلا معتبر به كما اذا ارتد وقوله وان اضطر المحرم ظاهر معناه مما ذكرنا انفا
وقوله والمراد بالبط يعني المذكور في القدوري البط الذي يكون في المساكن وهو الذي لا يكون طيرانه كالدجاج في البطو
ويجوز ذبحه للمحرم والمسرول بالفتح حمام في رجليه ريش كانه سراويل من سرولته اذا البسته السراويل ٭ ونحن
نقول الحمام متوحش تقديره الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وكل ما هو كذلك فهو صيد والاستيناس عارض
جواب لمالك ومعناه الاعتبار للمعاني الاصلية دون العوارض وعورض بان الحمام لا يحل بذكوة الاضطرار حتى
لو رمى سهما الى برج الحمام فاصاب حماما مسرولا ومات قبل ان يدرك ذكوته لم يحل ولو كان صيدا لحل واجيب بان
مدار صحة ذكاة الاضطرار هو العجز دون الصيدية الا يرى ان البعير اذا ند حل بذبح الاضطرار وليس بصيد لوجود
العجز عن ذكاة الاختيار والعجز في الحمام غير موجود لانه ياوي في الليل الى برجه وقوله وكذا اذا قتل ظبيا ظاهر ٭ قال ٭
واذا ذبح المحرم صيدا اي اذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي في احد قوليه اذا ذبحه المحرم لغيره
حل لانه عامل له حيث ذبحه له وكل من فعل لشخص انتقل اليه ذلك الفعل كما لو عامة النيابات فصار كانه هو الذي ذبحه
ولو ذبحه ذلك الغير لنفسه جاز ان ياكله فكذا اذا ذبحه المحرم فان قلت عبارة المصنف وتعليله يدل على ان المذبوح يحل
له ولغيره وذلك لان التعليل انما يستقيم اذا كان قوله لغيره متعلق بذبحه لانه حينيذ يكون عاملا له واذا كان متعلق
به نفي يحل على الطلاقه وذبيحة المحرم سواء كانت لنفسه او لغيره حرام عليه قولا واحدا قلت اري ان يكون قوله لغيره يخدم
العلتين جميعا وتقديره يحل لغيره ما ذبحه المحرم لغيره ويخرج نفسه من ذلك لان التقييد في الروايات مفيد لنفي الحكم عما عداه ف
فان قلت تعليله هذا لا يخلو اما ان يكون فاسدا او لا فان كان الثاني لم يتم الدعوى وان كان الاول لزم ان يحل له لان
الفعل قد انتقل اليه ولو ذبح حلال صيدا احل اكله للمحرم ان لم يدل عليه او لم يشر اليه قلت التعليل صحيح ولكن لا يحل له
لان الدلالة اذا كانت محرمة فالمباشرة لا تتقاعد عن الدلالة وان انتقل الفعل الى غيره حكما ولنا ان الذكاة فعل
مشروع بالاتفاق وذبح المحرم ليس بفعل مشروع بالنص فقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم سماه قتلا دون الذبح
والذكاة اشاره الى انه لا يوجب الحل وهو حرام عنه وهو يدل على التحريم بعينه لكونه بمعنى النفي ونوقض بذبح شاة
الغير بغير اذنه فانه لا محالة فكان الواجب ان لا تقع ذكوة ولا يحل اكله وليس كذلك والجواب ان المصنف رحمه الله
اشار الى هذا الجواب بقوله وهذا لان المشروع اي من الذبح هو الذي قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا وبيانه
ان الدم منجس للحيوان فلا بد من تمييزه عن اللحم ليصلح للاكل وذلك امر متعسر حقيقة ولا سبب ظاهر وهو قطع عروق الذبح

لم يوجد م

صحيحا م

فاقيم الذبح مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا والذبح الذي قام مقامه معدوم هاهنا لان المقيم لذلك هو الشرع ولم يقم هاهنا
حيث اخرج الصيد عن المحلية بالنهي بقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما كما قال حرمت عليكم امهاتكم فاخرجت
عن محلية النكاح بخلاف ذبح شاة الغير بغير امره فان الشرع لم يخرجها عن المحلية فكان منهيا والنهي يدل على المشروعية
كما عرف في الاصول وقوله فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمته عند ابي حنيفة رضي الله عنه قال الامام التمرتاشي
اذا اكل بعد ما ادى الجزاء واما اذا اكل قبل ذلك فقد دخل قيمة ما اكل في الجزاء قوله وقالا لا وقوله فصار حرمة التناول
بهذه الوسايط يريد ان حرمة التناول باعتبار كونه ميتة وكونه ميتة باعتبار خروج الصيد عن المحلية وخروج
الذابح عن الاهلية وذلك باعتبار الاحرام فكانت الحرمة مضافة الى الاحرام بهذه الوسايط فكان متناولا
محظور احرامه فيجب عليه الجزاء وظهر من هذا الجواب عما اذا ذبح الحلال صيدا في الحرم فادى جزاءه ثم اكل منه
فانه لم يلزمه شي اخر لانه لم يتناول محظور احرامه وانما وجب جزاء المحل وهو لا يتكرر فان استشكل بالمحرم يكسر
بيض صيد فادى جزاءه ثم شواه فاكله فانه تناول محظور احرامه ولم يلزمه شي اخر اجيب بان وجوب الجزاء في
البيض ليس لذاته بل باعتبار انه اصل الصيد كما ذكرناه وبعد الكسر لم يبق هذا المعنى وقوله فيما اصطاده
لاجل المحرم يعني ان ينوي ان يكون الاصطياد له سواء امره بذلك او لم يامره وقوله تذاكروا لحم صيد في حق المحرم
يريد به ما روي عن طلحة انه قال تذاكرنا لحم الصيد في حق المحرم فتداعت اصواتنا ورسول الله صلى الله عليه
وسلم نايم في حجرته فقال فيم انتم فذكرنا ذلك له فقال لا باس به وقوله واللام فيما روينا يعني ما تلا من قوله او
يصاد له لام تمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد دون اللحم ومعنى الا ان تمليك الصيد انما يتحقق فيما اهدي الصيد
الى المحرم لا فيما اهدي اليه اللحم لان اللحم لا يسمى صيدا حقيقة فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على المحرم
وبه نقول لانه ثبت ان الصعب بن جثامة الليثي اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالابوا
فرده عليه فلما راى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم او يكون معنى او يصاد له بامره واعلم ان هذا الحديث
روي بالرفع او يصاد وحينئذ لا تمسك له بهذه الرواية لانه يقتضي الحل اذا اصاده غيره لاجله لانه صار معطوفا على
المعنى لا الغاية ورواية كتب الحديث مثل سنن ابي داود والترمذي والنسائي بالالف هكذا وانما يصح له التمسك
على ما روي او يصده له ليصير معطوفا على الغاية وهي ضعيفة وقوله قالوا اي المشايخ فيه اي في شرط عدم الدلالة
لاباحة الاكل روايتان في رواية يحرم وهي اختيار الطحاوي وفي رواية لا يحرم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني و
قال ــــــــ وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال اذا قتل الحلال صيد الحرم وجب عليه قيمته يتصدق بها على الفقرا كما ذكر في
الكتاب وهو واضح فان قتل الصيد كما استحق للامن بسبب الحرم كذا لك استحقه بسبب الاحرام فاذا قتل المحرم
صيد الحرم ينبغي ان يجب عليه كفارتان وليس كذلك قلت وجوب الكفارتين وجه القياس صرح بذلك في الايضاح
ووجه الاستحسان ما ذكر في شرح الطحاوي ان حرمة الاحرام اقوى لان المحرم يحرم عليه الصيد في الحل والحرم جميعا
فاستتبع الاقوى الاضعف وقوله ولا يجزيه الصوم فرق بين قتل المحرم الصيد وقتل الحلال صيد الحرم في جواز الصوم
في الاول دون الثاني وحاصله ان الواجب على المحرم جزاء فعله وعلى هذا تعدد اذا قتل المحرمان صيدا واحدا
وعلى الحلال بدل المحل فانه عن المحل من وصف الامن والصوم يجوز ان يقع جزاء الفعل لا بدل المحل فان قلت هذا
يناقض ما ذكرت اولا فانه يؤدي الى ضمان اداء الاحرام اذا قتل المحرم صيد الحرم لان بدل المحل لا يؤدي في ضمن
اداء الاحرام كما قيل صيدا مملوكا فالجواب ان ما قلنا من الاستتباع انما كان فيما يكون الحرمتان لواحد
وهو الله تعالى وما ذكرتم ليس كذلك لان ما وجب فيه بازاء الفعل لله تعالى وما وجب بازاء المحل للعبد ولا يمكن ان يقضي
بالله تعالى ما للعبد لان افتقار العبد مانع بخلاف الاول وعورض بانه لو كان بدل المحل لوجب على الصبي والمجنون
والكافر اذا استهلكوا صيد الحرم وليس كذلك واجيب بانه وان كان ضمان المحل فان فيه معنى الجزاء حتى ان
حلالا ان اصاب صيد الحرم فقتله في يده حلال اخر فعلى كل واحد منهما جزاء كاملا لان كل واحد منهما متلف من جهة
احدهما بالاخذ المفوت للامن والثاني بالاتلاف حقيقة فلم يلزم ما ذكرتم نظرا الى الجزاء وهل يجزيه الهدي فيه روايتان
احدهما ان الواجب لا يتادى باراقة الدم بل بالتصدق باللحم فيشترط ان يكون قيمة اللحم مثل قيمة الصيد وان
سرق المذبوح عاد الواجب كما كان والاخرى انه يتادى باراقة الدم بل بالتصدق باللحم فيشترط ان يكون قيمة
اللحم مثل قيمة الصيد فان سرق المذبوح لم يبق عليه شي لان الهدي مال يجعل لله تعالى واراقة الدم طريق صالح
لذلك شرعا كالتصدق الا ترى ان المضحي يجعل التضحية لله تعالى فاتحة باراقة دمها فكذلك الهدي وقوله ومن
دخل الحرم بصيد قال في النهاية وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعي رحمه الله فان المحرم لا يتوقف وجوب الارسال
على دخول الحرم فانه يجب عليه الارسال بمجرد الاحرام بالاتفاق قال الشافعي الصيد الذي في يده مملوكة وحق
الشرع لا يظهر في حق العباد لحاجته وقلنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم وبين اللازم بقوله اذا تذكر منه

صار

صار معنى الصيدية من صيد الحرم بالدخول فيه وصيد الحرم مستحق للامن بما روينا من قوله عليه السلام في حديث طويل ولا
ينفر صيدها وقوله فان باعه ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وقوله ومن
احرم وفي بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله يشير الى انه لو كان في يده فعليه ان يرسله بالاتفاق ولهذا
قاس الشافعي صورة النزاع عليه بقوله كما اذا كان في يده وقوله ولنا ان الصحابة ظاهر وقوله وبذلك جرت العادة
الفاشية فان الناس يحرمون ولهم بيوت الحمام ولا يجب عليهم ارسالها وقوله ولان الواجب ترك التعرض دليل اخر
يتضمن الجواب عن دليل الشافعي ووجهه ان الواجب ترك التعرض وهو حاصل اذا لم يكن بيده وهو محفوظ بالبيت لانه
والقفص لا به والتعرض في الارسال بالملك ليس بمناف لانه لو ارسله في المفازة فهو على ملكه فدل على انه لا معتبر ببقاء
الملك والا لزم الجزاء ارسل او لم يرسل وقيل اذا كان القفص في يده وجب عليه ارساله لانه يتعرض له بمسكه لكن على وجه
لا يضيع بان يخليه في بيته لان اضاعة المال منهي عنها قوله فان صار حلالا فصيده اظاهر وقوله ملك الصيد بالاخذ
ملكا محترما احترازا عما اخذه المحرم فانه لا يملك الصيد والملك المحترم لا يبطل بالاحرام وانما قلنا انه ملكه ملكا محترما
بدليل ان الحلال ان اخذ الصيد ثم احرم فارسله ثم حل فوجده في يد غيره كان له ان ياخذ منه بخلاف ما اذا اخذ
الصيد وهو محرم ثم ارسله ثم حل من احرامه فوجده في يد غيره لا سبيل له عليه واذا كان ملكا محترما وقد ارسله المتلف
المرسل وجب عليه ضمانه فان قيل سلمنا انه ملكه ملكا محترما ولكن وجب اخراجه عن الملك تركا للتعرض الواجب المترك عليه
بقوله والواجب عليه ترك التعرض لا الاخراج عن ملكه ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه بالارسال
كان متعديا فيضمن ونظير هذا الاختلاف في كسر المعازف فانه لا يضمن فيه عندهما لانه امر بالمعروف وان عن
المنكر وعند ابي حنيفة رضي الله عنه يجب الضمان لغير التي للهو وقوله وان اصاب محرم صيدا ظاهر وقوله فان قتله
محرم اخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الاخذ متعرض للصيد الامن والتعرض من محظورات الاحرام الموجبة
للجزاء والقاتل مقرر لذلك لانه كان بصدد الاخذ متمكنا من الارسال وقد فات ذلك به وتقرر التعرض والتقرير
كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا فانهم يضمنون جاقرروا شيئا ذممه ما كان على شرف
السقوط بتمكين ابن الزوج على ما عرف ثم يرجع الاخذ على القاتل بما ضمن من الجزاء وقال زفر لا يرجع لان الاخذ انما اخذ
بصنعه ومن اخذ بصنعه لا يرجع على غيره فيما لا يقبل الملك ليلا يستلزم تنزيل الراجع منزلة المالك بواسطة الضمان
فيما هو غير قابل للملك في حق المحرم كمسلم غصب خنزير ذمي فاتلفه في يده اخر فضمن الذمي الغاصب لم يرجع على المتلف
بشي ولنا ان الاخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به والذي اي القاتل بالعكس حيث جعل فعل الاخذ علة فيكون
قتله في معنى مباشرة علة العلة فيضاف الضمان اليه كغاصب الغاصب اذا اتلف المغصوب وضمنه الغاصب
فان حاصل الضمان يستقر عليه واعترض بان الرجوع يستلزم تمليك ما ليس بمملوك وما ليس بمملوك ليس بمضمون
والزام اكثر ما لزمه فانما لزمه كفارة يتخير بها ويجزيه الصوم فيه وبالرجوع يطالبه بضمان محكوم به يحبس عليه
وذلك اكثر مما لزمه فلا يجوز واجيب عن الاول بان الضمان لم يستلزم الملك بل يجوز ان يكون في مقابلة ازالة يد محترمة
وهي موجودة فيما نحن فيه لان الاخذ كان متمكنا بيده من الارسال واسقاط الجزاء عن نفسه وقد فوتها القاتل عليه
فيضمنه كغاصب المدبر اذا اتلفه انسان في يده فادى الغاصب قيمته بانه يرجع على القاتل بقيمته وان كان المدبر لا يقبل
الانتقال من ملك الى ملك وعن الثاني بان مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كالاب اذا اغتصب مدبر ابنه فغصبه
منه اخر ثم الابن ضمن الاب رجع الاب على الغاصب بقيمته وان كان هو لا يحبس فيما لزمه لابنه والجواب عما استشهد به
زفر ان غاصب خنزير لم يثبت له يد محترمة لانه خروجه عن محلية الملك لا هانته بخلاف الصيد لان ذلك فيه لزيادة احترام
في حق المحرم باحترامه لحرمه الادمي يثبت له يد محترمة فيه وان لم يثبت له ملك قال ــــــــ وان قطع حشيش الحرم
وشجره على نوعين شجر انبته الانسان وشجر نبت بنفسه وكل واحد منهما على نوعين لانه اما ان يكون من جنس ما ينبته
الناس او لا يكون والاول بنوعيه لا يوجب الجزاء والاول من الثاني كذلك وانما يجب الجزاء في الثاني منه وهو ما نبت
بنفسه وليس ما ينبته الناس وينتوي فيه ان يكون مملوكه لان لا بان ينبت في ملكه او لم يكن حتى قالوا لو ان رجلا نبت
في ملكه ام غيلان فقطعها انسان فعليه قيمتها لمالكها وعليه قيمة اخرى لحق الشرع بقوله فان قطع حشيش الحرم الى ان قال
فعليه قيمته اشارة الى هذا النوع الاخير لانه اضافه الى الحرم وقال وهو مما لا ينبته الناس وقوله لا يختلي خلاها اي
لا يحصد رطبها ولا يقطع شوكها وقوله لان حرمتها ثبتت بسبب الحرم لا بسبب الاحرام لان المحرم ليس بممنوع عن
الاحتشاش والاحتطاب خارج الحرم وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لانها غرامة وليست بكفارة وقوله بخلاف
الصيد يعني انه لا يجوز بيع صيد اصطاده محرم او بيع صيد الحرم اصلا والفرق ما ذكره بقوله لان بيعه حيا
تعرض للصيد الامن وقوله والذي ينبته الناس عادة متصل بقوله وهو مما لا ينبته الناس وقوله وما لا ينبت
عادة اذا انبته انسان معطوف على قوله والذي ينبته الناس عادة معنى ما لا ينبته الناس عادة اذا انبته

لانه

من جنس م

ان انه لتحق بالميتة الناس فكان غير مستحق للامر الحائل بحمل الاجماع بجامع انقطاع كمال النسبة الى الحرم عند النسبة الى
غيره بالانبات وقوله ولو نبت بنفسه يعني الذي لا ينبت عادة اذا انبت بنفسه في ملك رجل فقد ظهر مما ذكرناه انفا
واعترض عليه بوجهين احدهما ان النبات ملك بالاخذ فكيف يجب القيمة بعد ذلك والثاني ان الحرم غير مملوك
لاحد فكيف يتصور قوله وفيه اخرى ضمانا لمالكه واجيب بانه عن الاول بان قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في
ثلث الماء والكلا محمول على خارج الحرم واما حكم الحرم فمخالف لانه حرام التعرض بالعضد لصيده وعن الثاني بانه على قول من يجيز
بملك ارض الحرم وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقوله وما جفف من شجر الحرم بيان الاستثناء في مطلع هذه المسئلة
وبه وهو ظاهر وقوله لا باس بالرعي لانه منه انه ضرورة يعني ان الذين يدخلون الحرم للحج او العمرة يكونون على الدواب ومنعها
عنه متعذر فتحققت الضرورة ولنا ما رويناه يعني قوله عليه السلام لا يختلى خلاها ولا يعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص
بخلافه فان قيل النص في القطع لا في الرعي اجاب بقوله والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل شفرة كل شيء حرفه ومشفر
البعير شفته والمناجل جمع منجل وهو ما يحصد به الزرع وقوله وحمل الحشيش يعني سلمناه ان النص في القطع لا في الرعي
لكنا لا نسلم الضرورة لان حمل الحشيش من الحل ممكن ولا ضرورة فان قيل بال الاذخر لم يحرم رعيه ولا ضرورة فيه اجاب
بقوله بخلاف الاذخر لان رسول الله صلى الله عليه وسلم استثناه فيجوز رعيه روي ان العباس رضي الله عنه لما قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال الا الاذخر يا رسول الله فانه لقيونهم وبيوتهم فقال عليه
السلام الا الاذخر وتاويله انه عليه السلام كان من قصده ان يستثني الا ان العباس سبقه بذلك او كان اوحى الله اليه
ان يرخص فيما يستثنيه العباس فان قيل على هذا التقدير كان قوله لا يختلى خلاها عاما مخصوصا لمقارن فليخص المرعي
بالقياس عليه قلت الاستثناء ليس بتخصيص ولئن سلمناه كان الاذخر مخصوصا بالضرورة وقد ذكرنا ان لا ضرورة
في المرعي وقوله بخلاف الكماة معطوف على قوله بخلاف الاذخر يعني انها ليست بداخلة في الجوامات لانها ليست من جملة
نبات - الارض بل هي مودعة فيها قال وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان به كلما على
المفرد دم مما تقدم من الجنايات فعليه دم فيه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي رحمه الله عليه دم واحد
بناء على ان القارن عنده محرم باحرام واحد وعندنا باحرامين وقد مر ذلك من قبل فان قيل احرام الحج اقوى لكونه فرضا
دون العمرة واذا اجتمع امران في ايجاب الحكم واحدهما اقوى من الاخر فان الحكم يضاف اليه ويجعل الاضعف
كالمعدوم فيما ذكرتم من المحرم اذا قتل صيد الحرم فانه لا يجب عليه الا جزاء واحد لان حرمة الاحرام اقوى فالجواب ان
ذلك الاصل صحيح لكن ليس احرام الحج اقوى من احرام العمرة فان احرام العمرة على انفراده يحرم على المحرم جميع ما يحرم
احرام الحج فكانا مثلين فلا يستتبع احدهما الاخر فان قيل فعلى هذا يجب ان يختص وجوب الدمين على القارن فيما اذا
كان قبل الوقوف بعرفة واما بعد الوقوف به فمن الجماع يجب دمان وفي سائر المحظورات دم واحد لما ان احرام العمرة
انما بقي في حق التحلل لا غير قلت بعد ذلك وان كان شيخ الاسلام ذكر مثل ما ذكرت ووجه البعد ان احرام العمرة بعد
الفراغ من افعالها لم يبق الا في حق التحلل خاصة فكان قبل الوقوف وبعده سواء وقوله الا ان يتجاوز الميقات استثناء
من قوله فعليه دمان وقوله خلافا لزفر يعني انه يقول عليه دمان لكل احرام دم كما في سائر المحظورات ولنا ان المستحق عليه
عند الميقات ثم احرام بالحج بعدما جاوز الميقات كان جازا ولا شيء عليه مع انه قارن ايضا وتاخير واجب واحد لا يجب
الا جزاء واحدا واذا اشترك محرمان في قتل صيد واحد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل وقال الشافعي رحمه الله عليهما جزاء واحد
لان من اصله ان الاعتبار للمحل وعن هذا قال الدال الذي لم يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شيء والمحل هاهنا واحد فلا يلزمه الا
جزاء واحد وقاس بصيد الحرم وحقوق العباد ولنا ان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة اما انه
يصير جانيا فلان الفعل الذي لا يقبل التجزي اذا صدر من فاعلين يضاف الى كل واحد منهما كملا كما في القصاص وكفارة القتل
واما انه جناية تفوق الدلالة فلاتصاله بالمحل دونها واذا كان كل واحد منهما جانيا بتلك الجناية كانت الجناية متعددة
وتعددها يوجب تعدد الجزاء لا محالة وقوله واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم وهو عكس المسئلة المتقدمة ظ مما تقدم
غير مرة واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل قال المصنف لان بيعه حيا تعرض للصيد الامن والتعرض للصيد
الامن بالبيع باطل لخروجه عن محلية البيع بتحريم الشرع لخروجه عن محلية الشرع الذبح لذلك والبيع المضاف الى غير محله باطل
وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة وبيع ميتة باطل لعدم المحل وقوله ومن اخرج ظبية من الحرم فذبحها حلالا كان او محرما فولدت اولادا
فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا يعني ان الصيد بعد الاخراج
من الحرم متصف بصفة شرعية صفة تلك تسري الى الاولاد اما اتصافه بها فالاستحقاق للامن شرعا فكان الرد
الى مامنه واجب واما ان كل ما اتصف بتلك الصفة صفة تلك تسري الى الاولاد فكما في الحرية والرق والكتابة وغيرها
ونوقض بولد المغصوب فانها واجبة الرد الى مالكها وهذه صفة شرعية ولم يسر الى ولدها فان زوائد الغصب غير مضمونة
والجواب ان الصفة الشرعية تسري الى الاولاد اذا لم يكن مانع وصفة المغصوب لمنع عن ذلك لانها ليست بصفة شرعية
ولان

ولانه تقوم بها لا يتحقق في الاولاد لان الغصب ازالة اليد المحقة وهي في الاولاد لا تتحقق لعدم ثبوت يد عليها قبل الغصب
والله اعلم باب مجاوزة الوقت بغير احرام قال صاحب الهداية رحمه الله لما ذكر باب الجنايات
وانواعها اعقبه ذكر باب مجاوزة الوقت بغير احرام لان هذا من الجنايات ايضا الا ان هذا قبل الاحرام وما ذكره
من الجنايات وما يتبعه بعد الاحرام ومطلق ذكر جناية المحرم يتناول ما بعد الاحرام فكان كاملا في استحقاق اسم الجناية
فلذلك قدمه على هذا الباب فان قيل كان الواجب ان لا يجب على من جاوز الميقات بغير احرام شيء لان المحرم علا شيا الموجبة
للكفارة هو الاحرام والاحرام غير موجود في ذلك الوقت فالجواب ان من جاوز الميقات بغير احرام ارتكب المنهي عنه ومكن
به في حجة نقصان ونقصانه يجبر بالدم الا اذا تدارك ذلك في اوانه بالرجوع الى الميقات ملبيا قبل ان يطوف فاذا
اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وتخصيصه بذات عرق بناء على
ظاهر حال الكوفي والا فالرجوع اليه والى غيره من المواقيت سواء في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه قال ينظر ان عاد
الى ميقات وذلك الميقات يحاذي الميقات الاول وابعد الى الحرم سقط عنه الدم والا فلا وان رجع اليه لكن لم يلب
حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان رجع محرما فلا شيء عليه لبى او لم يلب وقال
زفر لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود لان حق الميقات انشاء الاحرام والراجع اليه ليس بمنشئ وصار
كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك في وقته وذلك قبل الشروع في الافعال و
تدارك المتروك في اوانه يسقط الكفارة بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك لان المتروك هناك استدامة الوقوف
الى غروب الشمس وبالعود لم يحصل ذلك على ما مر وبهذا الكلام تم الحجة على زفر وبقي الكلام بينهم في ان التدارك هل يحصل
(عند حام) مع م. بمجرد العود او لا بد من التلبية بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات وهو المرور به محرما فانه اذا احرم من دويرة اهله ومر به
ساكتا صح وعنده بعوده ملبيا لان العزيمة ان يحرم من دويرة اهله فاذا احرم منها صارت موضع احرامه فيشترط
التلبية هناك فاذا لبى ثم سكت بالمرور بالميقات لا شيء عليه وليس الكلام فيه وانما المراد فيما اذا ترخص بالتاخير
الى الميقات فانه يجب قضاء حقه بانشاء التلبية والاحرام فاذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى احرم وراء الميقات ثم عاد فان
لبى فقد اتى بجميع ما هو المستحق عليه فيسقط عنه الدم وان لم يلب فلم يات بجميع ما استحق عليه والخلاف في احرام الحج بعد
المجاورة كالخلاف في احرام العمرة في جميع ما ذكر وقوله ولو عاد بعدما ابتدا الطواف متصل بقوله وان رجع اليه ولم يلب
حتى دخل مكة وطاف لعمرته وحاصله ان مسئلة العود على ثلثة اوجه في وجه لا يسقط بالعود بالاتفاق وفي وجه على الاختلاف
الذي ذكرناه وبيانه ان من دخل مكة يريد الحج او العمرة لا يجوز له ان يتجاوز الميقات بغير احرام فان جاوز فاما ان
يعود قبل الاحرام او بعده فان عاد قبله سقط الدم بالاتفاق لانه انشاء التلبية الواجبة عند ابتداء الاحرام وان عاد
بعده فاما ان يعود بعدما ابتدا الطواف واستلم الحجر او قبله فان عاد بعده لم يسقط الدم بالاتفاق لانه لما طاف واستلم
الحجر وقع شوطا معتدا به وذلك ينافي اسقاط الدم عنه لان الاسقاط انما هو باعتبار انه مبتدئ من الميقات تقديرا
وبعدما وقع منه شوط معتد به لا يتصور كونه مبتدئا وظهر لك مما ذكرنا ان قوله واستلم الحجر لبيان ان المعتبر في ذلك
الشوط وان عاد قبله فعلى الاختلاف المذكور وقوله وان دخل البستان ظاهر وقوله التحق باهله يعني سواء نوى او لم ينو
(من قبل م) مدة الاقامة في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه شرط مدة الاقامة خمسة عشر يوما قوله وقد مر اراده به ما ذكره في
فصل المواقيت بقوله ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم وقوله ومن دخل
مكة بغير احرام معناه ان من دخل مكة بغير احرام يلزمه حجة او عمرة ثم خرج من عامه ذلك وحج حجة الاسلام او حجة او عمرة فانها
تنوب عما وجب عليه بدخوله مكة بغير احرام وقال زفر لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر
فانه اذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج حجة الاسلام فانها لا يسقط بها المنذورة كذلك هاهنا والجامع ان كل واحد منهما
واجب بسبب غير سبب الاخرى فاما ما وجب عليه بالدخول بمنزلة ما يجب عليه بالنذر في ان الشروع ملزم كالنذر فكما
لا يتادى المنذورة بحجة الاسلام فكذا المشروع فيها وصار ذلك كما اذا تحولت السنة ثم حج حجة الاسلام فانه لا يقوم مقام
ما لزمه بدخوله مكة بلا خلاف ولنا ان هذا الاستحسان انه تلافي المتروك في وقته وهو السنة التي دخل فيها مكة لان الواجب عليه
تعظيم هذه البقعة بالاحرام لا غير على اي وجه كان وقد حصل ذلك كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء فانه يجزيه بحجة
(وقته م) الاسلام التي يؤدي وعما لزمه بدخوله مكة بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته بمضي مدة الحج فلا يتادى
الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان من سنة نذر فيها دون العام الثاني فان
قيل سلمنا ان الحجة بتحول السنة تصير دينا ولكن لا نسلم ان العمرة تصير دينا لعدم توقتها بوقت معين فينبغي ان يسقط
العمرة الواجبة بدخوله مكة بغير احرام بالعمرة المنذورة في السنة الثانية كما يسقط بها في السنة الاولى اجيب بان تاخير العمرة
الى ايام النحر والتشريق مكروه فاذا اخرها الى وقت مكروه صار كالمفوت لها فصارت دينا قال ومن جاوز الميقات
بغير احرام ذكر في هذه المسئلة ثلثة احكام المضي فيها وقضاؤها باحرام وسقوطها من الميقات وسقوط الدم اما المضي

فلان الاحرام عقد لازم لا يخرج المرء عنه بعد الشروع فيه الا باداء الافعال واما القضا فلانه التزم الادا على وجه الصحة ولم يفعل
واما سقوط الدم فلانه اذا قضاها باحرام من الميقات يجبر به ما نقص من حق الميقات بالمجاوزة بغير احرام فيسقط عنه
الدم كمن سهى في صلاته ثم افسدها فقضاها سقط سجود السهو وقال زفر لا يسقط عنه الدم وهذا الاختلاف نظير الاختلاف
فيمن جاوز الميقات بغير احرام ثم احرم بالحج وفاته الحج ثم قضاها فانه يسقط عنه دم الوقت عندنا خلافا لزفر ونظير الاختلاف
فيمن جاوز الميقات بغير احرام واحرم بالحج ثم افسده بالجماع قبل الوقوف بعرفة ثم قضاه فان دم الوقت يسقط عنه عندنا
خلافا لزفر قال لان الدم بمجاوزة الميقات صار واجبا عليه فلا يسقط بفوات الحج كما لو وجب عليه الدم بالتطيب او
لبس المخيط فانه لا يسقط عنه بفوات الحج ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام فيه اي من الميقات في القضا
وهو اي القضا يحكي الفايت اي يفعل مثل فعل ما فات وهو الاحرام من الميقات ابتدا فينعدم به المعنى الذي لاجله
لزمه الدم وهو التجاوز بغير احرام بخلاف غيره من المحظورات فانه لا ينعدم بفوات الحج وقضايه وقوله واذا خرج المكي
من الحرم الى الحرم ظا باب اضافة الاحرام الى الاحرام اضافة الاحرام الى الاحرام في
حق المكي ومن بمعناه جنايه وكذلك اضافة احرام العمرة الى احرام الحج في حق الافاقي بخلاف اضافة احرام الحج الى احرام العمرة
فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقيب الجنايات وباعتبار عدمه جعله في باب على حدة قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا احرم
المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة قيد بالمكي لان الافاقي اذا اهل بالعمرة
ولا فطاف لها شوطا ثم اهل بالحج مضى فيهما ولا يرفض الحج لان بنا اعمال الحج على اعمال العمرة صحيح في حق الافاقي الا انه لو طاف
لها اقل الاشواط كان قارنا وان طاف لها الاكثر متمتعا لان المتمتع من يحرم بالحج بعد عمل العمرة والاكثر الطواف حكم الكل والقارن
من يجمع بينهما وقيد بالعمرة لان المكي اذا اهل بالحج فطاف له شوطا ثم اهل بالعمرة فانه يرفض العمرة لان احرامه للحج قد تاكد وقبل
التاكد يرفضها لبعده اولى وقيد بالشوط يعني الواحد فانه اذا طاف لها اربعة اشواط لا خلاف في رفض الحج واما
في الشوطين والثلاثة فقد صرح فخر الاسلام بوجود الخلاف الذي ذكر اذا طاف لها شوطا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض
العمرة احب الينا وقضاها وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما بنا على ما تقدم من ان الجمع بين الحج والعمرة في حق المكي غير مشروع
فلا بد من رفض احدهما حذرا من الاستدامة على غير المشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى حالا لكونه فرضا دونها واقل
اعمالا لان اعمالها الطواف والسعي لا غير وايسر قضا لكونها غير موقتة هذا اذا كان الحج فرضا واما اذا كان تطوعا فيعلل
بالوجهين الاخيرين قوله وكذا اذا احرم يعني رفض العمرة احب لكن هذا بالاتفاق لما قلنا يعني من الامور الثلاثة وفي عبارته
تسامح لانه عطف بقوله وكذا المتفق عليه على المختلف فيه وهو ليس من المحالة وقوله وان طاف للعمرة اربعة اشواط
مما ذكرنا اتفاقا وقوله ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عندهما اختلف النسخ ههنا في بعضها عندهما وفي بعضها عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وفي بعضها وكذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة بحذف كلمة لا من قوله وكذلك قال
صاحب النهاية رحمه الله ذكر مولانا الامام حسام الدين الاخسيكتي رحمه الله والصواب ولذلك يعني النسخة الاخيرة قال وكذا
ايضا وجدته بخط شيخي ولكل واحدة من هذه النسخ وجه اما وجه الاولى والثالثة فظاهر واما وجه الثانية فهو انه لدفع
سوال السايل وهو ان يقال لما اخذ الاكثر حكم الكل يكون الاقل معدوما حكما فينبغي ان يرفض العمرة عند ابي حنيفة
حينئذ لانه لم ياخذ حكم الوجود فصار كانه لم يطف للعمرة شيا وهناك يرفض العمرة كما مر فكذلك في العدوم الحكمي فقال
ليس كذلك فانه لما اتى بشي من افعال العمرة فقد تاكدت العمرة ولم يتاكد الحج اصلا فكان رفع غير المتاكد اسهل وهذا
هو احد الوجهين المذكورين في الكتاب من جانبه والوجه الاخر هو ما ذكره بقوله ولان في رفض العمرة والحالة هذه يعني في حالة
انه اتى بشي من افعال العمرة ابطال العمل اي الطواف الذي اتى به وفي رفض الحج امتناع عنه والامتناع افضل هونا من ابطال
ما وقع معتدا به وقوله وعليه دم بالرفض ايهما رفضه يعني الحج عنده والعمرة عندهما لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه
بكون الجمع بينهما غير مشروع فكان في معنى المحصر وعلى المحصر دم للتحلل ويكون الدم دم جبر لا دم شكر على ما ياتي فان قيل
هلا لزمه دمان لحرمة كل واحد من الاحرامين دم اجيب بانه غير ممنوع عن احدهما فالنقصان حيثما مكن فانما تمكن في
احدهما فلذلك لزمه دم واحد الا ان في رفض العمرة قضاها لا غير وفي رفض الحج قضاه وعمرة اما الحج فلانه صح شروعه فيه
ثم رفضه واما العمرة فلانه في معنى فايت الحج وفايت الحج يتحلل بافعال العمرة بالحديث وقد تعذر التحلل بافعالها ههنا
لانه في العمرة والجمع بين العمرتين مكي فيجب قضا الحج والعمرة جميعا وان مضى عليهما يعني اذا لم يرفض المكي ومن بمعناه
العمرة او الحج ومضى عليهما وادى اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما اي عن احرام الحج واحرام العمرة جميعا
قال صاحب النهاية وفي نسخة شيخي بخطه منهي عنها اي عن العمرة اذ هي المتعينة للرفض اجماعا فيما اذا لم يشتغل بطواف
الحج والكلام فيه لان النهي الداخل في وقت الحج وبسببها وقع العصيان وقوله والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف
من اصلنا ان النهي يقتضي المشروعية دون النفي في اصول الفقه قيل ذكر المصنف في اول المسئلة ان الجمع بينهما في حق المكي
غير مشروع ثم ذكر ههنا انه لا يمنع تحقق الفعل وقد قلنا انه يقتضي المشروعية دون النفي في اصول الفقه فكان
الناقض

التناقض في كلامه واجيب عن الاول بانه اراد بقوله غير مشروع كاملا كما في حق الافاقي وبه يندفع التناقض وقوله
وعليه دم واضح قال ـــــ ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى اعلم ان اضافة الاحرام الى الاحرام اربعة اقسام
في القسمة العقلية ادخال احرام الحج على احرام العمرة وادخال احرام الحج على احرام الحج وادخال احرام العمرة على احرام
العمرة وادخال احرام العمرة على احرام الحج وقدم ادخال احرام الحج على احرام العمرة على الاقسام الباقية لكونه اوصل
في كونه جناية ولهذا لم يسقط عنه الدم ولما فرغ من ذلك ذكر ادخال احرام الحج على احرام الحج مقدما على غيره لقوة حاله
اذ كان احدهما فرضا ثم ادخال احرام العمرة على احرام العمرة لاتفاقهما في الكيفية وكمية الافعال والاصل في ذلك ان الجمع
بين احرامي الحج واحرامي العمرة بدعة لكن اذا جمع بينهما لزماه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي
لزمه احدهما ولا كلام ههنا مع الشافعي بنا على ان الاحرام عنده ركن فلا يمكن الجمع بين الركنين وعندنا شرط للادا
لكن محمد ابقول هو وان كان شرطا للادا الا انه ما شرع الا للادا فلا يتحقق الا على الوجه الذي يتصور فيه الادا
واداء حجتين او عمرتين معا غير متصور فلا يتصور الاحرام لهما كما لتحريمة في الصلاة وهما يقولان الاحرام بالحج التزام
محض في الذمة بدليل انه يصح منفصلا عن الادا والذمة تسع حججا كثيرة فصار من هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريمة
للصلاة لانها لا تصح منفصلة عن الادا الا انه لا بد من رفض احدهما احترازا عن ارتكاب المنهي عنه واما لان البقا
للادا لا للالتزام والجمع ادا غير متصور فبعد هذا قال ابو حنيفة اذا توجه الى ادا احدهما صار رافضا للاخرى
وقال ابو يوسف كما فرغ من الاحرامين يصير رافضا احدهما وفايدة الاختلاف تظهر فيما اذا قتل صيدا قبل ان يتوجه
الى احدهما فانه على قول ابي حنيفة يلزمه قيمتان وعلى قول ابي يوسف يلزمه قيمة واحدة وكذلك اذا احصر في هذه
الحالة يحتاج الى هديين للتحلل عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف رحمهما الله اذا عرف هذا فعود الى تطبيق ما في
الكتاب على هذا الاصل فاذا احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الحجة الاولى ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى
لزمته الاخرى لما ذكرنا انه التزام محض ولا شي عليه لان الاولى قد انتهت نهايتها وان لم يحلق في الاولى واحرم بحجة
اخرى صار جامعا بين احرامي الحج فبعد ذلك اما ان يحلق للاولى في هذه السنة او يوخر الحلق الى السنة القابلة فان
حلق فقد تحلل عن الاولى فقد جنى على الثانية بالحلق وان اخر فقد اخر الحلق عن الاولى عن وقته والتاخير عن الوقت
معتبر في قول ابي حنيفة ولهذا قال في الكتاب وعليه دم قصر او لم يقصر اي حلق او لم يحلق وانما عبر عنه بالتقصير
لان وضع المسئلة في قوله ومن احرم بالحج ثم احرم يتناول الذكر والانثى فذكر اولا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لان الافضل
في حق الرجل الحلق وفي حق النسا التقصير وقالا ان لم يقصر فلا شي عليه لان الجمع بين احرامي الحج واحرامي العمرة بدعة الى اخر
ما ذكر في الكتاب وهو واضح بعد التامل فيما سبق لكن يرد عليه شي وهو ان المذكور من مذهب محمد في هذا الاصل انه اذا
جمع بين احرامين انما يلزمه احدهما وهو المروي عن الامام التمرتاشي والفوايد الظهيرية وحينئذ ينبغي ان لا يلزمه دم
وان قصر لعدم لزوم الاخرى فاما ان يكون سهوا في نقل مذهب محمد ومذهبه كمذهبهما واما ان يكون عنه في ذلك روايتان
ومن فرغ عن عمرته الا التقصير فاحرم بعمرة اخرى فعليه دم يعني بالاتفاق لاحرامه قبل الرفث لانه وقته فبل الحلق للاولى
ولم يوجد لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة لا يحل التناول منه وهذه
المسئلة من خواص الجامع الصغير يبين فيها لزوم دم الجمع في العمرة من غير اختلاف الروايتين وسكت محمد رحمه الله عن بيان
وجوبه للجمع بين احرامي الحج في الجامع الصغير واوجبه في مناسك المبسوط فقال بعض مشايخنا في ذلك روايتان واما
وجوبه في الجمع بين احرامي العمرة فذلك رواية واحدة وهذه المسئلة ايضا تدل على ان مذهب محمد في لزوم الاحرامين
كمذهبهما والا لما كره عنده شي لان الجمع غير متحقق لعدم لزوم احدهما الا اذا اراد بالجمع ادخال الاحرام على
الاحرام وان لم يلزم الا احدهما فيستقيم وقوله ومن اهل بالحج اي رفع صوته بالتلبية اي رفع صوته بالتلبية ثم احرم
بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا لانه قرن بين النسكين لكنه اخطا
السنة فيصير مسيا لان السنة ادخال الحج على العمرة لا ادخال العمرة على الحج قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج جعل الحج
اخر الغايتين لكنه لما لم يود الحج صح لان الترتيب وجد في الافعال وان فات في الاحرام فعليه تقديم افعال العمرة
على افعال الحج حتى لو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة كان رافضا لعمرته لانه تعذر عليه اداوها لانها مبنية
على افعال العمرة وقوله مبنية نصب على الحال حال في الناية به والعامل فيها معنى الاشارة في هكذا كانت مقيدة
بتقييد سيجي وفيه نظر فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى لو بدا له في وسط الطريق الى مكة فطاف لعمرته وسعى ثم وقف
بعرفات كان قارنا وقد ذكرناه قيل يعني في اخر باب القران قال ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب
ابي حنيفة الى اخره فان طاف للحج يعني طواف التحية ثم احرم بعمرة فمضى عليهما فتفسير المضي ان يقدم افعال العمرة على
افعال الحج كما هو المسنون في القران لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر يعني قوله لان الجمع بينهما مشروع
٤ في حق الافاقي فصح الاحرام بهما وكلامه ظ وقوله هو الصحيح احترازا عما اختاره شمس الايمة وقاضي خان والامام المحبوبي

ان ذلك دم القران فيكون دم شكر وذكر الامام فخر الاسلام مثل ما ذكر في الكتاب لانه احفظ السنة في بنا افعال العمرة
علي افعال الحج من وجه فكان كقران المكي وقوله ويستحب ط وقوله ومن اهل بعمرة في يوم النحر يعني قبل الحج تحلق او قبل طواف
الزيارة لان حكم من اهل بها بعد ما حل من الحج بالحلق يأتي ذكره كذا في النهايه والفظ الاطلاق علي ما ذكره وقوله لزمته لما قلنا
يريد قوله لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي وقوله يرفضها فانوا معنا ويلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج وهو الوقوف
فيصير بانيا افعال العمرة علي افعال الحج من كل وجه وقوله وقد كرهت العمرة وجه اخر في لزوم الرفض علي ما نذكره الشارح
علي ما يذكر في باب الفوات بقوله العمرة لا تفوت وهي جايزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها وقوله لعمرة مكانها اي بعد
الرفض وقوله لما بينا اشاره الي قوله لان الجمع بينهما مشروع فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الشروع في الصوم
في يوم النحر حيث لا يلزمه القضا اذا افسده وههنا يلزم اجيب بان مجرد الشروع في الصوم فيه يحصل به المعصية وهو
ترك اجابة ضيافة الله فيؤمر بالافطار ولا يلزمه القضا واما مجرد الاحرام للعمرة في هذه الايام فلا يحصل لان المعصية اداء
افعالها في هذه الايام فيلزمه القضا لصحة الشروع وان مضي عليها اي علي الايام التي احرم لها يوم النحر وفي بعض النسخ عليها
اي علي الحج والعمرة اجزاه ودليله ظ وقوله وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام يعني ان كان احرام العمرة قبل التحلل او في الافعال
الباقيه يعني اذا كان بعد الحلق وهذا يرشدك الي ان كلام المصنف علي اطلاقه ليس بمقيد بما قبل الحلق قال صاحب
النهايه لانه اذا كان قبل الحلق ففيه الجمع بين الاحرامين فلا حاجة الي قوله بعد او في الاعمال الا ثمة وقد ذكر بخلاف
كذا قوله وقيل اذا احلق يدل علي ذلك لان معناه يلزمه الرفض مطلقا وقيل اذا احلق للحج ثم احرم لا يرفضها علي ظ ما ذكر في
الاصل قال الامام فخر الاسلام لم يذكر محمد الرفض في الجامع الصغير وجوابه في الاصل مشتبه ظاهر ذلك انه لا يرفضها وقيل
يرفضها احترازا عن المنهي يعني النهي عن العمرة في هذه الايام كما ذكرنا قال الفقيه ابو جعفر ومشايخنا رحمهم الله علي هذا
اي علي هذا القول وهو رفض العمرة ومعني ظاهر ما ذكرنا في الاصل انه لا يرفضها اي لا ينقض من غير رفض وقوله فان فاته
الحج يعني فايت الحج وهو من فاته الوقوف بعرفة اذا احرم بعمرة او حجة فانه يرفض التي احرم بها اما اذا كانت عمرة فلان فايت
الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام الحج العمرة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمهم الله وفايدته
تظهر في حق لزوم الرفض اذا احرم بحجة اخرى فعندهما يرفضها ليلا يصير جامعا بين احرامي الحج وعند ابي يوسف لا يرفضها
بل يمضي فيها وقوله علي ما نبينه اراد به قوله لان فايت الحج يتحلل بافعال العمرة لا غير من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة
لان هذا غير مذكور هناك وقوله فيصير جامعا اي فايت الحج الذي احرم لعمرة يصير جامعا بين العمرتين افعالا فيجب ان يرفض
العمرة التي احرم بها كما لو احرم بعمرتين واما اذا كانت حجة فانه يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين
وعليه قضاها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه باب الاحصار لما كان من الاحصار
ما هو جناية علي المحرم اعقبه باب الجنايات باب علي حدة يقول العرب احصر اذا منعه خوف او عدو او مرض من الوصول الي
اتمام حجة او عمرة واذا حبسه السلطان او حابس قاهر يقولون حصر فالمحصر محرم ممنوع عن المضي علي اتمام افعال ما احرم
لاجله فاذا احصر بعدو او مرض فمنع من المضي جاز له التحلل وان علي رحمه الله حصر الاحصار في العدو وقال المريض ليس له ان
يتحلل الا ان يكون شرط ذلك عند احرامه ولكنه يصير الي ان يبرا الا ان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر ليحصل النجاة
بالاحلال والنجاة بالاحلال لا يكون الا من العدو ولان ما به من المرض لا يزول بالتحلل بخلاف المحصر بالعدو فان ما ابتلي به يزول
بالتحلل لانه يرجع الي اهله فيندفع عنه شر عدوه ولنا ان اية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة
فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو واذا وردت فيه كانت دلالته علي الاحصار بالمرض اقوي وفيه بحث من وجهين
الاول كان من حق الكلام ان يقول باجماع اهل التفسير لان اهل اللغة لا تعلق لهم بالعلم بورود الاية وسبب نزولها والثاني
انها نزلت في رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم وكان الاحصار بالعدو والجواب عن الاول ان معناه
بدلالة اجماع اهل اللغة اجمعوا علي معني دل ذلك المعني ان تكون الاية واردة في الاحصار بمرض وعن الثاني بان النصوص
الوارده مطلقة يعمل بها علي اطلاقها من غير حمل علي الاسباب الواردة هي لاجلها وقوله والتحلل قبل اوانه استدلال المعقول
فيه شايبة المنقول كانه قال سلمنا ان اية الاحصار وردت في الحصر بالعدو ولا فرق بين الاحصار والحصر لكن المرض ملحق
به بالدلالة لان التحلل قبل اوانه لدفع الحرج الاتي من قبل امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار علي الاحرام مع المرض اعظم
لا محاله لكثرة احتياجه مداواه ومداراه الي ما هو جناية علي الاحرام وقوله فاذا جاز التحلل يعني اذا ثبت بما ذكرنا من الدليل
جواز التحلل للمحصر يقال له ابعث شاة في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وهذا علي قول ابي حنيفة رحمه الله
لان دم الاحصار عنده غير موقت فيحتاج الي المواعدة ليعرف وقت الاحلال واما عندهما فدم الاحصار في الحج موقت بيوم
النحر فلا حاجة الي المواعدة فيه وانما يحتاج اليها في العمرة فاذا ابعث الهدي بالخيار ان شاء اقام بمكانه وان شاء رجع لانه لما
صار ممنوعا من الذهاب تخير بين المقام والانصراف قال في النهايه انما قيد بقوله يذبح فيه ثم تحلل لانه اذا ظن المحصر انه ذبح هديه
ففعل ما يفعله الحلال ثم ظهر انه لم يذبح كان عليه ما علي الذي ارتكب محظورات الاحرام لبقا احرامه كذا ذكره الامام

قاضي

قاضي خان وانما يبعث الي الحرم لان دم الاحصار قربه والاراقه لم تعرف قربه الا في زمان او مكان علي ما مر وقدم الاحصار
لا يعرف قربه بدم ونا لعدم ... فلا يقع به التحلل وقد عين الشارع المكان باشارة قوله ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي
محله فان الهدي اسم لما يهدى الي الحرم والمحل بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس نهي عن الحلق حتى يبلغ الهدي موضع حله
ثم فسر المحل بقوله ثم محلها الي البيت العتيق وليس المراد عين البيت فانه لا يراق فيه الدما فكان المراد به الحرم وهذا
واضح وقال الشافعي لا يتوقت بالحرم لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا المراعي اصل التخفيف لا نهايته والله لم يستحق التخصص بمكان بعد الهدي بلا يبقي محرما ابدا اولان نهايته لو كانت مراعاه لتحلل في الحال كما قال مالك
وليس كذلك بالنفاق بيننا وبينه وقوله ويجوز الشاة ظ وذكر في المحيط انه اذا كان معسرا لا يجد فيه شاة اقام حراما حتى
يطوف ويسعي كما يفعله فايت الحج وقوله وقال ابو يوسف عليه ذلك اي الحلق ولو لم يفعل لا شي عليه لان النبي عليه السلام
حلق عام الحديبيه وامر اصحابه بذلك فان قيل هذا الذي ذكره من الدليل يدل علي قوله عليه ذلك لما ان مجرد فعل النبي عليه
السلام في الذي لا يعقل قربه دليل الوجوب فكيف اذا امر غيره بذلك وحينئذ لا يكون دليلا علي قوله ولو لم يفعل لا شي عليه
فاين دليله اجيب بان دليل هذه المسئلة عن ابي يوسف فيها روايتان في روايه يجوز وفي اخرى يجب واجب والمصنف
اورد دليل الوجوب ولم يورد دليل الروايه الاخرى لان الدليل لابي حنيفة ومحمد يصلح دليلا لها وقوله ولهما ان الحلق انما عرف
قربه يعني انما كون الحلق قربه عرف بالنص بخلاف القياس فيراعي فيه جميع ما ورد فيه النص من الاوصاف ومن جملتها كونه
مرتبا علي افعال الحج فلا يكون في غير المرتب قربه واما في حلق النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه فليعرف المشركون استحكام
عزيمة المومنين علي الانصراف فيأمنوا جانبهم ولا يشتغلوا بمكيدة اخرى بعد الصلح وان كان المحصر قارنا بعث بدمين
لاحتياجه الي التحلل بالاحرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقي في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان
التحلل منهما شرع في حالة واحدة لما روي عن عايشة رضي الله عنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
في حجة الوداع فاهللنا بعمرة ثم قال رسول الله من كان معه هدي فليهلل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا
وبالهدي الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له ان يتحلل اصلا فان قيل دم الاحصار قايم مقام الحلق في التحلل والقارن يتحلل
بحلق واحد عن الاحرامين فما باله لا يتحلل عنهما بهدي واحد اجيب بجوابين احدهما ان الحلق في الاصل محظور الاحرام وانما
صار قربه بسبب التحلل فكان قربه لمعني في غيره كالوضو للصلاة فينوب الواحد عن الاثنين كالطهارة الواحدة يكفي
الصلوات كثيرة واما الهدي فانه مشروع للتحلل الا انه قربه مقصوده بدون التحلل لهذا جاز النذر به وما هو قربه
مقصوده بنفسه لا ينوب الواحد فيه عن الاثنين كافعال الصلاة والثاني ان الحلق محظور الاحرام وانما يصير قربه
بسبب التحلل فان تكرر فلا يخلو اما ان كان التحلل واقعا بالاول او بالثاني فان وقع بالاول كان الثاني لغوا وان
وقع بالثاني كان الاول جنايه فاما الذبح فليس بمحظور الاحرام فيصح الجمع وقوله ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم وانما اعاد
هذه المسئلة ليجعلها توطيه لقوله ويجوز ذبحه قبل يوم النحر زيادة في بيان ان دم الاحصار اعرف في اختصاصه بالمكان
حيث لم يختلف فيه اصحابنا من اختصاصه بالزمان لانه مختلف فيه وقوله اعتبارا بهدي المتعة والقران تعليل عدم جواز
الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر واما قوله ويجوز للمحصر بالعمرة متى شا فبالاتفاق فلا يحتاج الي تعليل وربما يعتبر انه بالحلق
اذ كل واحد منهما محلل وكما لم يجز الحلق قبل يوم النحر فكذلك الذبح وقوله ولابي حنيفة ظ وقوله بخلاف دم المتعة والقران
جواب عن اعتبارهما صورة النزاع بهما لانه اي دم المتعة والقران دم نسك وما هو دم نسك يختص بالزمان فكذا
هذا وقوله وبخلاف الحلق جواب عن اعتبارهما الاخر وبيانه ان التحلل علي نوعين تحلل في اوانه وهو الذي يترتب علي
افعال ما احرم لاجله وتحلل قبل اوانه وهو ليس كذلك والاول لا بد له من التوقيت بيوم النحر لان الركن الاصلي هو الوقوف
بعرفه وهو ينتهي به اي بوقته الحلق لان وقته يمتد الي طلوع الفجر يوم النحر فلا بد ان يقع الحلق في يوم النحر واما
الثاني فانه لا يتوقف علي اداء الافعال فيجوز تقديمها لعدم الضرورة الداعيه الي التوقيت بيوم النحر وما نحن فيه من الثاني
فكان قياسه علي الاول قياسا مع الفارق وهو باطل قال صاحب الاسرار قال الله تعالى فان احصرتم فما استيسر من
الهدي من غير اشتراط زمان فاشتراطه بالقياس نسخ قال والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة والمحصر بالحج اذا
تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من فاته عرفه بليل
فقد فاته الحج فليحلل بعمرة وعليه الحج من قابل والحديث عام في الدلي فاته الحج بفوات الوقوف وبفواته بالاحصار لان كل
واحد منهما قد فاته عرفه فقلنا بوجوب العمرة واما الحجة فانها تجب قضا لصحة الشروع فيها فان قيل العمرة في فايت الحج
للتحلل والتحلل ههنا حصل بالهدي فلا حاجة الي ايجاب العمرة قلت هذا راي في مقابلة النص لما روي عن ابن عمر رضي الله
عنهما انه كان يقول حسبكم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان حبس احدكم عن البيت طاف بالبيت وبالصفا والمروة
ثم حل من كل شي حتى يحج عاما قابلا فقوله وعلي المحصر بالعمرة القضا يدل علي ان الاحصار عن العمرة متصور وقال مالك
هو غير متحقق في العمرة لانها لا تتوقف ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم احصروا بالحديبيه

بهدي الي الحرم

تذبح م

وقته م

ذكره ابو الحاج في كتب الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه احصروا بالعمرة بالحديبية فقضوها من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء ولان التحلل مشروع لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضا اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج واحدهما فلما مر واما العمرة الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها وقوله فان بعث القارن هديا قال صاحب النهاية ذكر القارن هنا وقع غلطا ظاهرا من الناسخ فالصحيح ان يقال فان بعث المحصر وبيان الغلط من وجهين احدهما انه ذكر فان بعث القارن هديا ووجب على القارن بعث الهديين فانه لا يتحلل بالواحد لانه ذكر قبل هذا في هذا الباب فان كان قارنا بعث بدمين والثاني ان المصنف يجمع بين روايتي القدوري والجامع الصغير وهذه المسالة مذكورة في هذين الكتابين في حق المحصر بالحج واقول لما كان كلام المصنف قبل هذا في القارن لم يرد ذكر النظم فقال فان بعث القارن هديا والهدي اسم لما يهدى الى الحرم سواء كان ذلك دمين او دما واحدا او ثوبا وكان ذكر ان الواجب عليه دمان وهما هدي القارن فكانه قال فان بعث القارن دمين فلا منافاة بين هذا وبين ما تقدم ولا هو غلط في الكلام ولا هو من نسخه بل ربما لو قال لا وجه لما ان بعث المحصر كان تلبيسا في حق القارن ولو قال هديين كان غير فصيح لانه اسم الجنس لما يهدى فلا يثنى الا اذا قصد الانواع وليس بمقصود او العدد وذلك معلوم مما تقدم فلهذا قال فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار ثم ان ههنا اربعة وجوه القسمة العقلية لانه اما ان لا يدرك الحج والهدي او يدركهما او يدرك الحج دون الهدي او بالعكس والكل مذكور في الكتاب ففي الوجه الاول لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة فله ذلك لانه فائت الحج فان قيل اذا كان في معنى فائت الحج وجب ان يومر بالتوجه والتحلل بالطواف والسعي حتما كفائت الحج اجيب بان الطواف والسعي في حق فائت الحج غير مقصود لعينه ولكن المقصود هو التحلل وهذا المقصود يحصل له بالهدي الذي بعثه لينحر عنه فله ان يقتصر على ذلك ثم يقضي العمرة وله ان يتوجه ليلا يلزمه قضا العمرة وفي الوجه الثاني يلزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف كالمكفر بالصوم اذا ابصر قبل اتمام الكفارة واذا ادرك هديه صنع به ما شا لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه وفي الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الاصل وفي الوجه الرابع جاز له التحلل وهذا التقسيم يعني الوجه الرابع لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج على ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وحرمة المال كحرمة النفس يعني كما ان خوف النفس كان عذرا له في التحلل فكذلك الخوف على ماله لكن الافضل ان يتوجه فان قلت هذا الذي ذكره المصنف ان حرمة المال كحرمة النفس يخالف لما قال فخر الاسلام والاصوليون ان حرمة النفس فوق حرمة المال فيجوز ان يكون وقاية للنفس فاذا اكره بالقتل على اتلاف مال غيره جاز له الاقدام عليه فالجواب ان حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة لانه مملوك مبتذل فاني يماثل المالك المبتذل ولكن حرمة المال تشبه حرمة النفس من حيث كون اتلافه ظلما لقيام عصمة صاحبه فيه والى هذا اشار المصنف بكاف التشبيه فان المشابهة بين الشيئين لا يقتضي اتحادهما من جميع الجهات والا لارتفع التشبيه وقوله وله الخيار يعني على وجه الاستحسان لما جاز له التحلل جاز له الخيار ان شاء صبر الى ان ينحر الهدي في الميعاد فيتحلل وان شاء توجه لاداء النسك لزوال العجز وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لان المثبت حكم الاحصار خوف الفوات وقد وقع الامن عنه لقوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه لكنه محرم عن النساء حتى يطوف طواف الزيارة وعليه عند ابي حنيفة اربعة دماء دم لترك الوقوف بالمزدلفة ودم لترك رمي الجمار ودم لتاخير الطواف ودم لتاخير الحلق وعندهما ليس عليه لتاخير الطواف والحلق شي فان قيل قد تقدم ان الاحصار بعد الاحرام يثبت حكم الاحصار كما في احصار العمرة وههنا قد ازدادت فليثبت حكمه اجيب بانه متمكن من التحلل بالحلق الا في حق النساء وان كان يلزمه بعض الدماء فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل وقوله ومن احصر بمكة الخ وقوله فلما بينا يعني قوله ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا وقوله وقد قيل في هذه المسالة يعني قوله ومن احصر بمكة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو ما ذكر علي بن الجعد عن ابي يوسف رحمهما الله قال سالت ابا حنيفة عن المحرم يحصر في الحرم فقال لا يكون محصرا فقلت اليس ان النبي صلى الله عليه وسلم احصر بالحديبية وهي من الحرم فقال ان مكة حينئذ كانت دار الحرب فاما اليوم فهي دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال ابو يوسف اما انا فاقول اذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر قال المصنف والصحيح من الرواية ان الممنوع عن الوقوف والطواف يكون محصرا باتفاق اصحابنا واذا قدر على احدهما لا يكون محصرا وهو معنى قوله ما عللناه من التفصيل

باب الفوات

يعني الاحصار من الفوات نازل منزلة المفرد من المركب لان الاحصار احرام بلا اداء وفي الفوات احرام واداء فلهذا اخره قوله ومن احرم بالحج وفاته الوقوف الخ وقوله ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا اي نافذا لازما لا يرتفع بوافع فهو احتراز عن احرام الرقيق بغير اذن المولى واحرام المراة في التطوع بغير اذن الزوج فان للمولى والزوج ان يحللاهما وليس باحتراز عن الاحرام الفاسد كما اذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفه او احرم مجامعا فانه في حكم الصحيح وقوله لا طريق للخروج عنه الا باداء النسكين منصوص بالمهر

فان

فان الهدي طريق للخروج عنه كما تقدم واجيب بانه بنى الكلام على ما هو الوضع ومسالة الاحصار من العوارض يثبت بالنص على خلاف القياس وقوله كما في الاحرام المبهم اي المبهم من النسكين الحجة والعمرة بان ابهم في الاحرام وقال لبيك اللهم لبيك ولم يعين حجة ولا عمرة ولم ينو بقلبه شيئا فانه يصح احرامه ولا يخرج عنه الا باداء احد النسكين لكنه يتعين في المتيقن وهو العمرة لانها اقل افعالا وايسر مؤنة وههنا عجز عن الحج لفوات ركنه الاعظم فيتعين عليه العمرة وكان المناسبة بين الاحرام المبهم وبين ما نحن فيه الخروج عن الاحرام بافعال العمرة وقوله ولا دم عليه يعني عندنا خلافا للشافعي فانه يوجب الدم عليه قياسا على المحصر وهذا التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق الاحصار المحصر فلا يجمع بينهما ولا يقاس احدهما على الاخر لان كل واحد منهما قادر وعاجز على ما يعجز عنه الاخر وعما يقدر عليه وقوله والعمرة لا تفوت اي لانها غير موقتة وهي جائزة في جميع السنة يدل على جوازها في اشهر الحج وقد اختلف السلف في ذلك وكان عمر رضي الله عنه ينهى عنها ويقول الحج في الاشهر والعمرة في غيرها اكمل لحجكم وعمرتكم والصحيح جوازها بلا كراهة بدليل ما روى البخاري في صحيحه باسناده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اعتمر في ذي القعدة اربع عمر الا الذي اعتمر مع حجته واما كراهتها في الايام الخمسة في مذهبنا وقال الشافعي لا يكره وما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله والاظهر من المذهب ما ذكرناه يعني كراهة العمرة يوم عرفة قبل الزوال وبعده وقوله والعمرة سنة اي سنة مؤكدة وقوله ولانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه امارة النفلية استشكل بالايمان وصلاة الجنازة فانهما فرضان وليسا بموقتين وبالصوم فانه تتادى بنية غيره وهو فرض واجيب بانا قد قلنا ان كل ما هو غير موقت ويتادى بنية غيره فهو سنة وهو غير موقت بوقت معين من اوقات العبادة او فعل فيه انتفى الفرضية والايمان فرض دائم فلا يرد نقضا وصلاة الجنازة موقتة بوقت حضورها وان الكلام فيما يكون غير موقتة وصوم رمضان ليس كذلك واقول مثل هذا الاستشكال الذهول عن كلام المصنف فانه جعل مجموع قوله لانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها امارة واحدة واشار الى ذلك بقوله وهذه امارة النفلية وحينئذ لا يرد عليه ذلك اما الايمان فلانه لا غير له حتى يتادى بنية اخرى لا يتنوع الى فرض ونفل وكذلك صلاة الجنازة واما صوم رمضان فلانه موقت بوقت معين وقوله وتاويل ما رواه يعني قوله عليه السلام العمرة فريضة انها مقدرة بافعال الحج او لا يثبت الفرضية مع التعارض في الاثار فان ما روي يدل على الفرضية وما رويناه على كونها سنة ولذا تعارضت الاثار لا يثبت الفرضية لانها لا تثبت الا بدليل مقطوع به فان قيل هو ثابت بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله عطف على العمرة على الحج والحج فريضة والامر بالاتمام والامر للوجوب اجيب بان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والامر انما هو بالاتمام والاتمام انما يكون بعد الشروع ونحن نقول به وان كانت في الابتداء سنة وقوله وهي الطواف والسعي لما كان الاصل في الفعل ان يقع عمن يصدر منه كان الحج عن الغير خليقا بان يوخر في باب على حدة واعلم ان من صلى او صام او تصدق فجعل ثواب ذلك لغيره جاز عند اهل السنة والجماعة وقال بعض اهل العلم لا يجوز لقوله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى وهذا ليس من سعيه ولان الثواب هو الجنة وليس لاحد تمليكها لغيره لانه ليس بمالك لها وقلنا لما جعل سعيه للغير صار سعيه لسعي الغير وله ولاية ان يصير ساعيا لغيره ولا يجعل استحقاقه للجنة لغيره وانما ظهر هذا فقوله الاصل في هذا الباب ان يجعل ثواب عمله اشارة الى ان ثواب الحج للامر يجعل المامور وكذلك واما نفس الحج هل يقع عن الامر او عن المامور فيذكر بعد هذا اما هو ظاهر الرواية وغيره وقوله بكبشين املحين الاملح من الكبش الذي فيه ملحة وهي بياض تشوبه شعرات سود وهي من لون الملح وكلامه واضح وقوله في حالتي الاختيار والضرورة اي حالة الصحة والمرض لحصول المقصود وهو ايصال النفع الى الفقراء وقوله لا يحصل به اي بفعل النايب وقوله وهي المشقة بتنقيص المال يعني ان المركي يلحقه المشقة عند فعله بنفسه يلحقه ايضا عند فعل غيره اذا كان بماله والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وما هو كذلك لا يتعين بوقت معين فان لم يكن العجز دائما وقد احج عن نفسه ثم زال عنه العجز بان قدر على اداه في وقته وكان ذلك يبطل الاداء فان قيل القدرة على الاصل تبطل الحلق قبل حصول المقصود بالحلق وحصول المشقة بتنقيص المال فالجواب انا لم نسلك في هذه المسالة مسلك الاصل والخلف وانما قلنا بان الحج مركب من امرين احدهما يحتمل النيابة والاخر لا يحتملها فعملنا باحدهما عند القدرة فلم نجوز النيابة وبالاخر عند العجز فجوزناها لكنا شرطنا لكونه وظيفة العمر ان يكون العجز دائما الى الممات واعترض بان كونه وظيفة العمر لا يصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فانه لم يشترط لجواز الفدية للشيخ الفاني عن الصوم والصوم ليس وظيفة العمر والجواب ان الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس فكلما كان وظيفة العمر يشترط فيه العجز الدائم ولا يلزم ان كل ما يشترط فيه العجز الدائم يكون وظيفة العمر وقوله وفي الحج النفل يجوز الانابة شرط ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه يعني الامر وبذلك تشهد الاخبار الواردة في هذا الباب فانه صلى الله عليه وسلم قال للخثعمية حين قالت ان ابي شيخ كبير لا يستطيع ان يستمسك على الراحلة افتجزيني ان احج عنه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج يعني المامور وللامر ثواب النفقة وصار انفاق المامور كانفاق الامر

بنفسه ولكن يسقط اصل الحج عن الامر لانه عبادة بدنية حصل العجز فعله وكل ما كان كذلك قام الانفاق فيه مقام الفعل
كما في الشيخ الفاني فانه لما عجز عن الصوم قام الفدية مقام الصوم فان قيل الفدية ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس
عليها غيرها فالجواب انه يلحق بها بطريق الدلالة فان الانفاق اذا قام مقام الصوم وهو عبادة بدنية محضة فلان
يقوم مقام ما هو مركب من البدني والمالي اولى قال شيخ الاسلام والى هذا القول مال عامة المتاخرين قال
ومن امره رجلان صورة المسئلة ظاهرة وذهب الشارحون الى ان الدليل غير مطابق للمدلول لان المدلول قوله وهي اي
الحجة عن الحاج ويضمن النفقة ودليله لان الحج يقع عن الامر ولا مطابقة بينهما كالزيلعي ثم قال صاحب النهاية ولكن هذا
التعليل تعليل حكم غير مذكور وتقدير الكلام ويضمن النفقة لانه خالفهما وانما لا يضمن النفقة اذا وافق امر
الامر لان الحج حينئذ يقع عن الامر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وههنا قد خالف فلا يقع الحج عن الامر بل يقع
عن المامور فكان هذا التعليل تعليلا لما اذا وقع الحج عن الامر وهو في صورة عدم مخالفة المامور للامر وتابعه
على ذلك بعض الشارحين ولا اخال ذلك مقصود المصنف لانه قال بعد هذا ويضمن النفقة ان انفق من مالهما
لانه صرف نفقة الامر الى حج نفسه فلو كان ذلك مراده كان هذا استدراكا وقال بعضهم زل فيه اقدام الشارحين
حيث لم يفهموا كلام المصنف وقالوا لا مطابقة بين الدليل والمدلول ولا يوافق التعليل المدعى ونقل تقدير الكلام
كما قلنا ثم قال فاقول ليس الامر كما ظنوا ولو سكتوا في هذا الموضع لكان اولى بل المطابقة حاصلة بين الدليل
والمدلول بان يقال هي عن الحاج اي الحجة تقع عن الحاج وهو المامور ويضمن النفقة لكل واحد منهما ان انفق من
مالهما لان الحج المودى في هذه يقع عن الامر من وجه بدليل ان الحاج لا يخرج عن حجة الاسلام ولكن كل واحد من الامرين
امره بان يخلص له الحج ولم يامره بالاشتراك فلما نوى عنهما جميعا خالف الامر فوقع الحج عن الحاج وضمن النفقة لوجود
المخالفة هذا كلامه ولا ازيد على الحكاية فليتامل فيه واقول بتوفيق الله في تقدير كلامه الحج يقع عن الامر على ظاهر
الرواية حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام ولا يمكن ههنا ايقاعه عن الامر لان الامر شخصان كل منهما امره ان يخلص الحج
له من غير اشتراك وليس احدهما اولى من الاخر فلا يقع عنهما ولا عن احدهما فيقع عن المامور لكن في كلامه اغلاق كما لا يخفى
وهذا التعليل لقوله هي عن الحاج واما تعليل قوله فيضمن النفقة فمذكور بعيد هذا فان قيل اذا وقع عن الحاج فليجعل
عن ايهما شاء كما اذا اهل عن ابويه فان له ان يجعل عن ايهما شاء اجاب بقوله ولا يمكنه ان يجعل عن احدهما بعد ذلك اي بعد
ما وقع لنفسه وقد بينه في الكتاب وهو واضح وقوله وان ابهم الاحرام ظ وقوله لان الملتزم هناك مجهول معناه ان جهالة
الملتزم على ما نعه عن وجوب التعيين واما جهالة من له الحق فانها مانعة الا يرى ان الاقرار لمجهول بمعلوم جائز دون عكسه
وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بدليل صحة تقديمه على وقت الادا وهو اشهر
الحج فاكتفي به اي بالاحرام المبهم من حيث انه شرط لان الشروط يراعى وجودها كيف ما كان الا يرى ان اذا توضا
للتبرد جاز له ان يصلي به وحاصله ان المقصود الاصلي هو ادا الافعال والتعيين في ابتدائه ممكن لانه وقع
على ما هو الاعلى الابهام بخلاف ما اذا ادى ثم عين فانه يقع على الابهام ابتداء ثم التعيين يرد على ما مضى وانمحل
فلا يغيد شيئا قال فان امر غيره ان يقرن عنه فالدم عليه امر رجل امر رجلا ان يقرن عنه بعضهم الراى فعل
فالدم على المامور لانه وجب شكرا لما وفقه الله من الجمع بين النسكين والمامور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة
الفعل صدرت منه وهذه المسئلة تشهد لصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن المامور وفيه نظر لجواز ان يكون الماخذ
في كون الدم واجبا على المامور كونه لنسك كسائر المناسك وسائر المناسك على المامور فكذا هذا الا كونه شكرا لما
وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين لانه مشترك الالزام من حيث انه لو كان لذلك لوجب على الامر لانه هو المنتفع بمنفعة
القران لسقوط حجة الاسلام عن ذمته مع فضيلة القران ولذلك ان امره واحد بان يحج عنه والاخر بان يعتمر عنه
واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا يعني قوله لانه وجب شكرا الى اخره وانما قيد بقوله واذنا له بالقران لانه اذا لم
ياذنا له بذلك لا يجوز له ان يجمع بينهما لاجلهما فلو فعل كان مخالفا واعترض بانه جعل جزا الشرط قوله فالدم عليه و
وجوبه عليه ليس معلقا باذنهما فانه لو فعل بغير اذنهما فالدم واجب عليه ايضا وبانه ان خالف عند عدم الاذن خالف الى
ما هو خير وهو القران لانه افضل عندنا والمخالفة الى خير غير ضارة واجيب بانه اذا اذنا له بذلك كان مما يوهم
انه ضرر مرضي به فيكون عليهما بخلاف ما اذا لم ياذنا فازال الوهم بقوله واذنا له بالقران وبان خيرية القران انما
هو بالنسبة الى الجامع بين النسكين لا الى الامر ولهذا اذا كان مامورا بالحج وقرن نفذه ابو حنيفة مخالفا ولم يعتبر ذلك
ودم الاحصار على الامر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف على الحاج ووجههما على ما ذكر في الكتاب واضح
واعترض على قوله ان الامر هو الذي ادخله في هذه العهدة بان الامر اذا امر بالقران فهو الذي ادخل المامور في عهدة
الدم ولا يجب عليه واجيب بان دم القران نسك وقد وقع الامر النفقة بمقابلة جميع ما كان من المناسك وهو من جملتها
بخلاف دم الاحصار فانه ليس بنسك ولم يكن معلوما عند الامر ايضا وقوله لانه صلة كالصلة عبارة عن ادا مال لا يكون

في

في مقابلته مال وقوله وغيرها يعني النذور والكفارات وقوله لانه وجب حقا للمامور يعني بادخاله الامر في هذه العهدة
دينا على الميت والدين محله جميع المال وقوله لان الصحيح هو المامور به اي الحج الصحيح هو المامور به دون الفاسد فاذا
افسده لم يقع مامورا به فكان واقعا عن المامور فيضمن ما انفق على حجه من مال غيره ثم اذا قضى الحج في السنة الثانية
على وجه الصحة لا يسقط به حج الميت لانه لما خالف في السنة الماضية بالاف وصار الامر اثم وكان واقعا عن المامور والحج
الذي ياتي به في السنة القابلة قضا ذلك الحج فكان واقعا عن المامور ايضا وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه دم
جنابة وهو الجاني على اختياره وما ذكرنا علم ان الدما ثلثة انواع دم نسك كدم القران والتمتع ودم جناية كجزاء الصيد
ونحوه ودم مونة كدم الاحصار قال في المبسوط كل دم يلزم المجهز يعني الحاج المجهز عن الغير فهو عليه في ماله الا انه
ان كان نسكا فاقامة المناسك عليه وان كان كفارة فالجناية وجدت منه وان كان دما بترك واجب فهو الذي ترك
ما كان واجبا فلهذا كانت هذه الدما عليه الا دم الاحصار فانه في مال الامر في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد
ذكرناه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله وهو الجاني عن اختيار قال ومن اوصى بان يحج عنه صورة هذه المسئلة
رجل له اربعة الاف درهم اوصى بان يحج عنه ومات وكان مقدار الحج الف درهم فدفعها الوصي الى من يحج عنه فسرق في
الطريق قال ابو حنيفة رحمه الله يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرق ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة اخرى
هكذا وقال ابو يوسف يؤخذ ثلث ما بقي من ثلث جميع المال وهو ثلث مائة وثلثة وثلاثون وثلث درهم وان سرقت
ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال محمد اذا سرقت الالف التي دفعها اولا بطلت الوصية وان بقي منها شي يحج به لا غير لان تعيين
الوصي كتعيين الموصي لكونه نائبا عنه ولو افرزها الموصي ثم هلكت بطلت الوصية فكذلك هذا ولابي يوسف ان الوصية
محلها الثلث ولابي حنيفة ان قسمة الوصي وعزله لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم له ليقبض
ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل وفي ذلك يحج من ثلث ما بقي فكذا في هذا
هذا ما يتعلق بما يحج به واما ما يتعلق بما يحج عنه من المكان فعلى الاختلاف المذكور في الكتاب وهو ايضا واضح واعترض
بان الحديث الذي استدل به لابي حنيفة ظاهره متروك لانه يقتضي ان يكون غير هذه الثلثة من الاعمال منقطعا
وليس كذلك لانه يثاب عليها وما كان كذلك لا يكون منقطعا واجيب بان الاعمال كلها على ثلثة انواع اعمال عملها فمضت
واعمال لم يشرع فيها فهي بعد معدومة واعمال شرع فيها ولم يتمها والطرفان لا يوصفان بالانقطاع اما الاول فلان
الماضي لا يحتمل الانقطاع لكنه يحتمل البطلان بما يحبط ثوابه نعوذ بالله من ذلك وكذلك الثاني لانه غير موجود وهذا
لان الانقطاع عبارة عن تفرق اجزائه والماضي بجميع اجزائه لا يتصور فيه ذلك وكذلك الذي لم يوجد بجميع اجزائه
فتعين الذي شرع فيه ولم يتمه واما جواب ابي حنيفة عما استدلا به من الكتاب والنظر فانه لا تعارض بين موجب الكتاب
وموجب الخبر لان الكتاب مسوق لحكم الاخرة والخبر لحكم الدنيا فيجوز انقطاع العمل من حيث حكم الدنيا ويبقى ثوابه من حيث
حكم الاخرة كما اذا نوى الصوم في رمضان وصامه الى نصف النهار ومات وجب عليه الايصا بفدية صوم هذا اليوم
كاملا من حيث حكم الدنيا وان كان يثاب في الاخرة بقدر ما صام من ذلك اليوم وكذلك اذا ادركه الموت في خلال
الصلاة وكذا كل عمل صالح شرع فيه ولم يتمه وكذا الجواب عن الحديث الذي رواه قال في النهاية ثم تاخير تعليلهما
عن تعليل ابي حنيفة يحتمل ان يكون قولهما مختار المصنف لان قولهما استحسان وقول ابي حنيفة قياس وان الحج
في عامة الصور حكم الاستحسان وقوله على ما قررناه من قبل يريد به قوله لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما الى اخره والله اعلم
لما تكرر ذكر لفظ الهدي في ما تقدم نسكا وجزاء ومونة احتاج الى بيان الهدي وما يتعلق
من المسائل وما لم يخل وجوبه عن احد هذه الاشيا اخر ذكره عن ذكر هذه الاشيا وكلامه واضح وقوله وقد بينا المعنى فيما
سبق يريد قوله بعد ذكر رواية ابن عباس رضي الله عنهما ولان الجناية اغلظ من الحدث وقوله ولانه اعلى انواع الارتفا
قات فيتغلظ موجبه وقوله ويجوز الاكل من هدي التطوع يعني للمهدي والاغنيا اذا ذبح في محله على ما يذكره واما الفقرا
فيجوز لهم الاكل من جميع الهدايا وقوله وحسا من المرقة اي شرب وقوله ويستحب له ان ياكل منها لما لم يبين الجواز مستلزما
للاستحباب ذكره ثانيا بيانا للاستحباب ولو ذكر الاستحباب اولا استغنى عن بيان الجواز لاستلزام الاستحباب
اياه وقوله لما رويناه اشارة الى قوله عليه السلام اكله من لحم هديه وانما انث الضمير في فيها للرجوع الى هدي المتعة
والقران والتطوع وقوله ولذا استحب ان يتصدق فقط وقوله عليه السلام لا تاكل انت ورفقتك منها شيئا انما نهاهم
عن الاكل لانهم كانوا اغنيا وقوله ولا يجوز ذبح هدي التطوع ووجه الاستدلال بقوله تعالى فكلوا منها واطعموا
البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم ان الله تعالى عطف قضا التفث على الاكل من لحوم الانعام التي نحروها وقضا التفث
يختص بيوم النحر فيكون النحر كذلك واعترض بان ثم للتراخي فيجوز ان يكون الذبح قبل يوم النحر وقضا التفث فيه واجيب
بان موجبه في التراخي يتحقق بالتاخير ساعة فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز قضا التفث بعده بساعة وليس كذلك
وقوله ولانه دم نسك اي كل واحد منهما دم نسك ولهذا احل له التناول منه فيختص باليوم كالاضحية وقوله

ويجوز ذبح بقية الهدايا ظاهر والعجاج جمع الفج وهو الطريق الواسع بين الجبلين وقوله ويجوز ان يتصدق بها على مساكين
الحرم وغيرهم يعني بعدما ذبحها في الحرم وقوله ولا يجب التعريف بالهدايا اي الاتيان بها الى عرفات وقوله على ما ذكرنا اشاره
الى قوله لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان به وقوله والافضل في البدن النحر ظاهر
وقوله قيل في ما ويليه الجزور يعني الجزور وكلامه في البيان واضح وقوله فنحر بنيفا وستين البنيف بالتشديد كل ما
كان بين عقدين وقد يخفف وعن المبرد انه من واحده الى ثلاث والنضح الرش والبل ومنه ينضح ضرعها بكسر الضاد
وقوله ومن ساق هديا فعطب ظاهر واعترض بانه لم لا يكون كاضحية الفقير فان عينه تطوع ومع ذلك وجب عليه اعادتها
اذا ضلت الشاة المشتراه لها حتى لو اشترى غيرها ثم وجدت الضاله وجب عليه ذبحها واجيب بان ذلك فيما اوجب
الفقير على نفسه في كل واحده من الشاتين بعدما اشتراها للاضحية حتى لو لم يفعل لذلك لا يجب عليه شي
بمجرد الشرا للاضحية قال في فتاوى قاضي خان لو اشترى الفقير شاة للاضحية فماتت او باعها لا يلزمه اخرى وكذا لو
ضلت والعيب الكبير وهو ان يذهب اكثر من ثلث الاذن عند ابي حنيفة وعندهما ان يذهب اكثر من نصفها العطب
بفتحتين الهلاك ومعنى عطبت البدنة اي قربت العطب وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكررا بما قال اولا ومن ساق
هديا فعطب لان ذلك في حقيقة العطب وهذا في الاشراف عليه والجزر بفتحتين اللحم الذي ياكله السباع وقوله على ما
تقدم اشاره الى ما تقدم قبيل باب القران بقوله وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنه مسايل منثوره
من عادة المصنفين ان يذكروا في اخر الكتاب ما شذ وندر من المسايل في الابواب السالفه في فصل على حده تكثيرا للفايده
ويترجمونه بمسايل منثوره او مسايل متفرقه او مسايل شتى او مسايل لم تدخل في الابواب وصورة المسله ان
يشهد قوم انهم راوا هلال ذي الحجه في ليله كان اليوم الذي وقفوا فيه اليوم العاشر وكلامه واضح لا يقبل الشهود
وقوله لذا شهدوا عشية عرفة صورته ان الشهود شهدوا في الطريق قبل ان يلحقوا عرفات عشية عرفه وقالوا
راينا هلال ذي الحجه وهذا اليوم هو التاسع فان كان الامام لا يلحق الوقوف في بقية الليل مع اكثر الناس لا يسمع
هذه الشهاده وينفذ من الغد بعد الزوال لانهم لما شهدوا وقد تعذر الوقوف صار كانهم شهدوا بعد الوقت فلا
تسمع وان كان يلحق الوقوف مع اكثر الناس ولكن لا يلحقه الضعفه فان وقف جاز والا فات الحج لانه ترك الوقوف
مع العلم به والقدرة عليه لان المعتبر قدرة الاكثر دون الاول ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثه
ولم يرم الاولى يعني التي تلي مسجد الخيف ثم جا بعيد الرمي في يومه فان اقتصر على رمي التي تركها اجزاه لانه اتى بما حصل
الرمي في وقته وانما ترك المسنون من الترتيب وذلك لا يوجب عليه شيا وان اعاد الجمار الثلاث فحسن لما قلناه وفيه
من مراعاة سنة الترتيب وهذا نظير ما يحكى من ان الطايف اذا دخل الحطيم في طوافه لا ينبغي له ذلك فان اعاد على الحطيم
وحده اجزاه وان اعاد الطواف كله كان حسنا وقال الشافعي لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فترتيبا صار
به الثاني كالجزء من الاول بدليل انه اذا ترك الكل يجب دم واحد فلا يجوز التفريق فيما بينها فصار ترك الترتيب فيها
كتقديم السعي على الطواف او الابتدا بالمروة قبل الصفا بخلاف الصلوات فان كل واحده منها قربه مقصوده بذاتها
فلا يكون الترتيب بينها واجبا ولنا ان كل جمرة قربه واحده مقصوده بنفسها لتعلق كل منها ببقعه على حده والبقعه
في باب الحج اصل فكان ما شرع فيه اصلا فلا يتعلق جواز البعض ببعض الا ترى انه لو اعادها مرتبا كان مؤديا لا قاضيا
بخلاف الصلوات فان النص فيها ناطق بان من صلى بلا ترتيب صلى قبل وقتها فلا يجوز وقوله لانه دونه اي لان السعي دون
الطواف يعني احط منزله من الطواف لان الطواف فرض كطواف الزيارة او من جنس الفروض كطواف القدوم واما السعي
فواجب على كل حال فكان دون الطواف فصلح ان يكون تابعا للطواف وقوله والمروة عرفنا منتهى السعي بالنص وهو قوله
عليه السلام ابدا بما بدا الله بذكره اراد به قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعاير الله فلا يتعلق بها البداة قال
ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا اي ومن نذر ان يحج ماشيا وجب عليه ان لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وهو رواية الجامع
الصغير وهو الصحيح وخيره في الاصل يعني المبسوط بين الركوب والمشي بعد النذر لان الحج ماشيا بلزوم وراكبا افضل لكنه
ورد فيه النص على ما يذكره فكان مخيرا قوله وهذه اشاره الى قوله لا يركب يعني رواية الجامع الصغير تقتضي ترك الركوب
على سبيل الوجوب لانه اخبر عنه بصيغة النفي وهو يدل على عدم المشروعيه فكان الركوب غير مشروع وهو الاصل
اي الموافق للقواعد لان من اوجب على نفسه شيا على وجه الكمال لا يتادى بها ناقصا والمشي في الحج صفة كمال قال عليه
السلام من حج ماشيا فله بكل خطوه حسنه من حسنات الحرم قيل كل حسنه بسبع مايه وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه
قال بعدما كف بصره ما تاسفت على شي كما تاسفي على ان لم احج ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة فقال ياتوك رجالا وعلى كل
ضامر فصار كما اذا نذر بالصوم متتابعا لا يتادى متفرقا واعترض بوجهين احدهما ان النذر لا يصح الا بما له نظير في
المشروعات المفروضه او الواجبه وليس للمشي نظير والثاني ان ابا حنيفه رضي الله عنه كره المشي في طريق الحج ولو صح ما ذكره
في الكتاب فانه يناقض ذلك واجيب عن الاول بان له اصلا وهو ان المكي الفقير اذا لم يملك الزاد والراحله وامكنه المشي

الى

الى عرفات وجب عليه الحج ماشيا وعن الثاني بان ابا حنيفه ما كره المشي مطلقا وانما كره الجمع بين المشي والصوم لانه اذا
فعل ذلك ساء خلقه في دل وجدال عنه وقوله وافعال الحج ينتهي بطواف الزيارة يريد بها افعال الاركان لا مطلق الافعال
فان رمي الجمار وغيره من افعاله وقوله ثم قيل يعني ان محمدا لم يذكر في شي من الكتب من اي موضع يبدا واختلف المشايخ
فيه فقيل يبتدي من حين يحرم وعليه الامام فخر الاسلام والامام العتابي وغيرهما وقيل من بيته وعليه شمس الايمة
السرخسي ومال اليه المصنف وقال لان الظاهر انه هو المراد يعني انه هو المتعارف والعرف معتبر في النذر فاذا
ثبت انه واجب فلو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه يدل على ذلك ما روي عن عقبه بن عامر الجهني رضي
الله عنه انه جا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ان اختي نذرت ان تحج ماشيه حافيه فقال عليه السلام
ان الله تعالى لغني عن تعذيب اختك فلتركب ولتذبح لركوبها شاة وفي بعض الروايات ولتهرق دما وقوله قالوا
يعني المشايخ كانه بيان التوفيق بين رواية الاصل ورواية الجامع الصغير روي فخر الاسلام عن الفقيه ابي
جعفر انه قال انما يركب اذا بعدت المسافه وشق المشي واما اذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان
لا يركب وقوله ومن باع جاريه محرمه ظاهر وقوله وقد كان للبايع على ظاهر الروايه وروى ابن سماعه عن ابي يوسف رحمه الله
ان المولى اذا اذن للعبد في الحج فليس له ان يحلله لانه اسقط حقه بالاذن فصار العبد كالحر الا ان المشتري له ان
يحلله لان الاحرام لم يقع باذنه وقوله بخلاف النكاح لانه ما كان للبايع فسخه جواب عن قياس زفر رحمه الله وانما لم
يكن له ان يفسخ اذا كان باذنه لما ان النكاح حق الزوج فقد تعلق حقه به باذن المالك فلا يتمكن المالك من فسخه
وان بقي ملكه لتعلق حق العبد به كالراهن ليس له ولاية الاستمتاع بالمرهون لتعلق حق المرتهن به باذنه و
قام مقامه بعد الشرى فلذلك لا يكون له حق الفسخ ايضا واما ههنا فقد اجتمع في الجاريه حقان حق الله في الاحرام
وحق المشتري في الاستمتاع فيقدم حق العبد لحاجته على حق الله تعالى لغناه وقوله وذكر في بعض النسخ اي نسخ
الجامع الصغير اي جامعها يعني قال فللمشتري ان يحللها او يجامعها في كلامه ظ وهذا اخر العبادات

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدا منها بالنكاح لان فيه مصالح الدين والدنيا وقد
اشتهرت فيه وعيده من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الاثار وهو ما اتفق في حكم من احكام الشرع مثل ما اتفق في
النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع فاما دواعي الشرع من الكتاب والسنه والاجماع فظاهر واما دواعي
العقل فان كل عاقل يحب ان يبقى اسمه ولا يمحى رسمه وما ذاك غالبا الا ببقا النسل واما الطبع فان الطبع البهيمي
من الذكر والانثى يدعو الى تحقيق ما اعد من المباضعات الشهوانيه والمضاجعات النفسانيه فلا مزاجرة
فيها اذا كانت باذن الشرع وان كانت بدواعي الطبع بل يوجر عليه بخلاف سائر المشروعات والنكاح في
اللغة عبارة عن الوطي ثم قيل للتزوج نكاح مجاز لانه سبب له وقيل هو مشترك بينهما وفي الاصطلاح وضع لتمليك
منافع البضع وسببه تعلق البقا المقدر بتعاطيه وشرطه الخاص حضور شاهدين لا ينعقد الا به بخلاف بقية
الاحكام فان الشهاده فيها للظهور عند الحاكم لا للانعقاد وشرطه العام الفقهيه الاهليه بالعقل والبلوغ والمحل
وهي امراة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي وركنه الايجاب والقبول كما في سائر العقود والايجاب هو الملفوظ به اولا
من ايجاب كان والقبول جوابه وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهره والجمع بين الاختين
وهو في حالة التوقان واجب لان التحرز عن الزنا واجب وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وفي حالة الاعتدال
مستحب وفي حالة خوف الجور مكروه قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قد ذكرت معنى الانعقاد
في كتاب البيوع فيما سياتي وقوله يعبر بهما اي يتلفظ ويبين لان المعبر البيان قال الله تعالى ان كنتم للرويا تعبرون اي
تبينون وانما اختير لفظ الماضي لانه وهو الكلام الذي ليس لنسبته خارج يطابقه او لا يطابقه ادل على التحقق
والثبوت فكان ادل على قضا الحاجه وقوله على ما نبينه يعني في اول فصل الوكاله في النكاح وقوله وينعقد بلفظ
النكاح بالالفاظ ينعقد بها النكاح وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لانه ان انعقد بغيره مثل
التمليك مثلا فاما ان ينعقد به من حيث انه حقيقته او من حيث انه مجاز لا سبيل الى الاول لانه لو كان حقيقة
كان التمليك والتزويج مترادفين وليس كذلك اذ التمليك يوجد بغير نكاح ولا الى الثاني لعدم المناسبه بينهما لان
التزويج للتلفيق يقال لفقت بين ثوبين ولفقت احدهما بالاخر اذا لامت بينهما بالخياطه والنكاح للضم ولا ضم
ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا فلا مناسبه بينهما وقلنا المناسبه بينهما موجوده لان التمليك سبب لملك المنفعة
في محلها يعني ان تمليك الرقبه سبب لملك المتعه اذا صادف محل المتعه لافضايه اليه وملك المتعه هو الثابت بالنكاح
والسببيه طريق المجاز وقيد بقوله في محلها احترازا عن تمليك الغلمان والبهايم والاخت الرضاعيه والامه المجوسيه
فانها ليست بمحل لملك المتعه واعترض بان ملك الرقبه اذا اورد على ملك النكاح افسده فكيف يثبت النكاح
به واجيب بان افساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطي لا محاله بل من حيث ابطال ضرب مالكيه لها في مواجب

النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل وحينئذ لا منافاة بين ما نفيته ونفيه فجازت
الاستعارة وقوله وينعقد بلفظ البيع يعني بان تقول المراة بعتك نفسي او تقول ابوها بعتك بنتي بكذا وكذا بلفظ
الشرى بان قال الرجل لامراة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم اشار اليه محمد في كتاب الحدود وقوله هو الصحيح احتراز
عن قول ابي بكر الاعمش انه لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال او المملوك والنكاح ليس بمال ووجه الصحيح
وجود طريق المجاز وقوله ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح احتراز عن قول الكرخي رحمه الله انه ينعقد به لان
المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة وان جعل في حكم العين وقد سمى الله تعالى العوض اجرا في قوله فآتوهن
اجورهن وذلك دليل على انه بمنزلة الاجارة ووجه الصحيح ان الاجارة لا تنعقد شرعا الا موقتة والنكاح لا
ينعقد الا مؤبدا فكان بين موجبيهما تناف ولا يجوز الاستعارة وقال المصنف رحمه الله لانه ليس بسبب لملك
المتعة لعدم افضائها اليه ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا يعني قوله ليس بسبب لملك المتعة وذلك
لان لفظ الاباحة والاحلال لا يوجبان ملكا اصلا فان من احل لغيره طعاما او اباحه له لا يملكه فانما يتلفه على ملك
المبيح ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح الى ما بعد الموت لم يصح
لان ما بعد الموت زمان انتهى ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين
حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غيرهم اما اشتراط الشهادة فلقوله عليه السلام
لا نكاح الا بشهود واعترض بانه خبر الواحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغيره
من الآيات واجاب الامام فخر الاسلام بان هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة به على كتاب
الله تعالى وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الشهادة حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان او المجانين
صح ولو امر الشاهدين ان لا يظهرا العقد لا يصح لقوله صلى الله عليه وسلم اعلنوا النكاح ولو بالدف والجواب
ان الاعلان يحصل بحضور الشاهدين حقيقة واما اشتراط الحرية فلان العبد لا شهادة له لعدم الولاية والشهادة
من باب الولاية واعترض بان الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء او ابى وذلك انما يحتاج اليه عند الاداء
وكلامنا في حالة الانعقاد ولهذا ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبدين اذ الولاية لا
مدخل لها في هذه الحالة واجيب بان الاداء يحتاج الى ولاية متعدية وليست بمرادة هنا وانما المراد بها الولاية القائمة
تعظيما لخطر امر النكاح كاشتراط اصل الشهادة ولذلك اعتبر العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار
الاسلام قال المصنف لانه لا شهادة للكافر على المسلم يعني انه من باب الولاية ولا ولاية له على المسلم وفيه النظر
الذي مر انه ليس المراد به الاداء حتى يكون الولاية شرطا والجواب انا قد ذكرنا ان الشهادة وصفة الشاهدين
انما كانت تعظيما ولا تعظيم للشيء بسبب حضور الكفار ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين
خلافا للشافعي وقد وعد المصنف بيان ذلك في الشهادات ونحن تابعناه في ذلك وينعقد بشهادة فاسقين عندنا
خلافا للشافعي فهو يقول الشهادة من الكرامة لانه في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير كرامة لا محالة والفاسق
من اهل الاهانة لجريمته ودليله يتم بان يقول والفاسق ليس من اهل الكرامة ولكن عدل عنه الى ما ذكر لانه يستلزم
ذلك وفيه تصريح بانه يستحق ما هو اعظم من ترك الاكرام وهو الاهانة ولنا ان الفاسق من اهل الولاية على نفسه لان له ان
يزوج نفسه وعبده وامته ويتصرف فيما يتعلق بنفسه من المال وغيره وكل من هو من اهل الولاية فهو من اهل الشهادة لان
الشهادة من باب الولاية فان قيل الولاية على نفسه ولاية قاصرة فلا نسلم ان من كان من اهل الولاية على نفسه كان
من اهل الشهادة لانها متعدية الى غيره اجاب بقوله هذا اشارة الى انه من اهل الشهادة لكونه من اهل الولاية
معنى لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه كما ان اهل الذمة لهم ولاية على انفسهم
فلهم الولاية على غيرهم من اهل الذمة لانه من جنسه وهذا بناء على ان الفسق لا يخرج الرجل عن اهلية الشهادة على
الاداء وفيه الالتزام فلان لا يخرج عنها على الانعقاد ولا التزام فيه اولى ولانه صلح مقلدا كالحجاج وغيره فان الائمة
بعد الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم فلما يخلو واحد منهم عن فسق فيصلح مقلدا اي قاضيا فكذا شاهدا لان
الشهادة والقضاء من واد واحد وفي عبارته تسامح لانه يفهم منه ان تكون اهلية الشهادة مرتبة على اهلية القضاء
وقد ذكر في كتاب اهلية القاضي ان ادب القضاء مستفاد من اهل الشهادة ولو قال لو كان احق لانه لا
يجوز ان يكون مرتبا على مقلد بكسر اللام لان اهلية السلطنة ليست مستفادة من اهلية الشهادة لان عليه كذلك
والجواب ان معنى كلامه اذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هي اعظم ضررا فلان لا يمنع عن ولاية عام الضرر او خاصه اولى
والترتيب على هذا الوجه غير خال عن الصحة ولو قال الفاسق من اهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهدا على
الانعقاد لانه لا التزام فيه فكان الولاية قاصرة لكان اسهل ماخذا وينعقد بحضور المحدودين في القذف لانه من اهل
الولاية على ما مر فيكونان من اهل الشهادة تحملا لا اداء فان قلت النكتة المذكورة في الفاسق او لا تقتضي ان يكون للمحدود
في

في القذف شهادة متعدية ولم يكن فكانت منقوضة قلت كان كذلك لولا النص القطع وقوله وانما الفائت ثمرة الاداء
بالنهي لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان معذرة عن عدم قبول شهادة المحدود في القذف بعدما كان من اهل الولاية
كالفاسق ويجوز ان يكون جوابا عن السؤال الذي ذكرته انفا والطريق الذي ذكرته ان الفاسق اسهل ماخذا فافهم
وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر لا يجوز لان السماع اي سماع كلام العاقدين من الايجاب والقبول في النكاح شهادة وهذا لانا لا نريد من
الشهادة على النكاح الا ذلك ولا شهادة للكافر على المسلم وهذا بالاتفاق فكانهما لم يسمعا كلام الزوج ولهما ان الشهادة شرطت
في النكاح على اعتبار اثبات الملك وتركيبه الحجة هكذا الشهادة في النكاح شرطت على اعتبار اثبات الملك وكلما اشترطت
على اعتبار اثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة في النكاح شهادة عليها وبين المصنف المقدمة الاولى بقوله لوروده
على محل ذي خطر وتقريره ان الشهادة في النكاح حال الانعقاد اما ان يكون لاثبات ملك المتعة عليها لخطر المحل او
لاثبات ملك المهر عليه والثاني منتف لان المهر مال ولا يجب الاشهاد على لزوم المال اصلا واما المقدمة الثانية
فلانا قد علمنا بالاستقراء انه لا شيء يشترط في اثبات ملك المتعة عليها الا الشهادة فانه الولي ليس بشرط عندنا
واذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدان عليها وشهادة اهل الذمة على
الذمية جائزة قوله بخلاف ما لم يسمعا جواب عن قياس محمد وزفر وتقريره الشهادة في النكاح شرط على العقد والعقد
ينعقد بكلاميهما فاذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها بحضرة
رجل واحد فلا يخلو اما ان يكون الاب حاضرا او غائبا فان كان حاضرا جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا
للعقد ويكون الوكيل شاهدا لان المجلس متحد فجاز ان يكون العقد الواقع من المامور حقيقة كالواقع من الامر
حكما لكون الوكيل في باب النكاح سفيرا ومعبرا وان كان غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا
مع عدم حضوره في مجلس المباشرة وقال في النهاية هذا التكلف غير محتاج اليه في المسئلة الاولى لان الاب يصلح ان
يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة الى نقل المباشرة من المامور الى الامر حكما وانما يحتاج اليه في المسئلة الاخرى
وهي ما اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد فانها ان كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها
للشهادة على نفسها وان كانت غائبة لم يجز لان الشيء انما يقدر اذا لو كان تصوره تحقيقا واقول ارى انه لا فرق بين الصورتين
في الاحتياج الى ذلك التكلف وذلك لان الاب اذا كان حاضرا لا يصلح ان يكون شاهدا في نكاح امره به لان الوكيل سفير
ومعبر فكان الاب هو المزوج فلا يجوز ان يكون شاهدا واذا انتقل اليه المباشرة ايضا صار هو المزوج من كل وجه فجاز ان
يكون الوكيل شاهدا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وكل رجلا ان يزوج عبده فزوجه بشهادة رجل واحد
والعبد حاضر فانه لا يجوز واجيب بان العبد لم يكن موكلا حتى ينتقل مباشرة الوكيل اليه ويبقى شاهدا فبقي الوكيل
على حاله مباشرا مزوجا بخلاف ما اذا باشره المولى بحضرة العبد فان العبد هناك يجعل مباشرا للنكاح بنفسه
والمولى شاهدا فيكون النكاح بحضرة الشاهدين لانتقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف ينتقل مباشرته اليه لان
العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل بخلاف ما اذا كان العبد غائبا لعدم امكانه مباشرا كما قلنا ان الشيء انما يقدر اذا لو
تصور تحقيقا

فصل في المحرمات

لما كانت من بنات ادم من الحرمات ما اوضع محلية النكاح الحق
الى بعض بني ادم احتاج الى ذكرها في فصل على حدة واسباب حرمتهن تتنوع الى تسعة انواع القرابة والمصاهرة
والرضاع والجمع وتقديم الحرة على الامة وقيام حق الغير من نكاح او عدة والشرك وملك اليمين والطلقات الثلث
وكل ذلك مذكور في الكتاب لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم
امهاتكم ودلالته على حرمة الام ظاهرة واما على حرمة الجدة فباعتبار ان الام في اللغة هو الاصل يقال لمكة ام القرى
فيكون دلالته عليها باعتبار معنى يعمها لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز او ثبتت حرمتهن بالاجماع وهذا ان
المسلكان يسلك بهما في كل ما فيه معنى الفرعية ايضا كالبنات وبناتهن وبنات الابن بنات كذلك والاخت وبناتها وبنات
الاخ والعمات والخالات متفرقة كانت او غيرها فتناولهن النص بجهة عموم الاسم هذا ما يتعلق بالقرابة وتحرم ام امرأته
ان كانت مدخولا بها او لم يكن لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول وتحرم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت
قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وليس كونها في الحجر شرطا قال المصنف لان
ذكر الحجر في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم خرج مخرج العادة فان العادة ان يكون البنات في حجر زوج
امهاتها اي في تربيتها لا على وجه الشرط واستوضح ذلك بقوله ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول
ولم يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم فان الاباحة تتعلق
بضد ما تعلق به الحرمة واعترض بانه يجوز ان تكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم
تنتفي الحرمة بانتفاء احدهما لان الشيء ينتفي بانتفاء الجزء فلم يكن ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول دليلا على ان

الحرمة غير متعلقة بالجو واجيب بان العادة في مثله نفي الوصفين جميعا او نفي العلة مطلقا لانتفي احدهما والسكوت
عن الاخر لا يقال لا يجري حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسأ بين هذين البدلين لانه لم يوجد فيه الجنسية او لم يوجد
القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنس او يقال لم يوجد علة الربا وليس بقوي ويحرم امراة ابيه واجداده لقوله
تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم فان دلالته على الاب ظاهرة وعلى الجد باحد الطريقين اما ان يكون المراد بالاب الاصل
فيتناول الابا الاجداد كما يتناول الام الجدات واما بالاجماع واما المراد بالنكاح ان كان هو الوطء فيكون العقد
ثابتا بالاجماع وان كان المراد به العقد فالوطء ثابت بطريق الاولى ويحرم امراة الابن نسبا ورضاعا وبني
اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم فحليلة الابن وهي زوجته حرام على الاب سواء دخل
بها الابن او لم يدخل لاطلاق النص عن الدخول واما حليلة ابن الابن فبما عرفنا ان المراد بالابن هو الفرع فكانه
قال وحلائل فروعكم وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت بعمومه او بالاجماع فان قيل قوله تعالى
من اصلابكم ياتي ذلك اجاب بان ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة
والدليل على ذلك ان التبني انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لابائهم وقصته ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد وطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ
الله التبني بقوله ادعوهم لابائهم ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة
تحت قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة ويحرم
ام الرجل من الرضاعة واخته منها لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وبقوله
عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هذا ما يتعلق من الرضاع ويحرم ان يجمع الرجل بين الاختين بنكاح
او بملك يمين لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين على الاطلاق وشرك في حكمهما اي كل امراتين لو فرضت احديهما
ذكرا حرمت الاخرى عليه لعلة قطعية الرحم سواء كان في النسب او الرضاع ومن له امة فتزوج اختها جاز سواء كان
وطئ الامة او لم يطاها لانه صدر من اهله وهو واقع مضاف الى محله لان الاخت المملوكة وطيها من باب الاستخدام
وهي لا تمنع نكاح الاخت فان كان وطئ الامة لا يطاها بعد ذلك وان لم يطا المنكوحة بعد لان المنكوحة موطوءة
حكما فوطئ الامة يكون جمعا بين الاختين بوطي احديهما حقيقة والاخرى حكما واعترض عليه بان النكاح
لو كان قائما مقام الوطي حتى تصير المنكوحة موطوءة حكما وجب ان لا يجوز هذا النكاح لئلا يصير جامعا
بينهما وطيا كما قال به مالك واجيب بان نفس النكاح ليس بوطي حتى يصير به جامعا بينهما وانما يصير وطيا
بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطي فلا يكون وطئ الامة مانعا عن النكاح ولا يطا المنكوحة ايضا للجمع بينهما
الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والتزويج لان ذلك الوطي قايم حكما حتى لو اراد
ان يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعا بينهما وطيا حقيقة وبالتحريم على نفسه يبطل الحكم ذلك الوطي
لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكما الا ترى انه يحل لزوجها ان تعتد فيحل له ان يطا المنكو
حة حينئذ لعدم الجمع وان لم يكن وطئ المملوكة جاز له ان يطا المنكوحة لعدم الجمع وطيا اذ المرقوقة
ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لانعقد بين
لانه لو تزوجهما في عقد واحد كان النكاح باطلا للجمع بين الاختين فلا يستحقان شيا من المهر وقيل بقوله
ولا يدري ايتهما اولى لانه لو علم ذلك يبطل نكاح الثانية وقوله لان نكاح احديهما باطل بيقين نفي من
كان تحت اخرى في الواقع ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى العقد بمعنى الى تصحيحه في احديها
بغير عينها لعدم الفائدة وهي حل الوطي بان التزويج لانه لا يثبت مع الجهالة والضرر بمعنى في حقها لان كل منهما
تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فيتعين التفريق فطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا كان لرجل اربع نسوة
طلق واحدة منهن بعينها فنسيها فانه يؤمر بالبيان ولا تفرق واجيب بان التفارق يمكن الزوج من دعوى
ثلاث منهن باعيانهن لان كل واحد منهما كان ثابتا بيقين وليس فيما نحن فيه نكاحها كذلك فلا يتمكن
من دعوى النكاح في احديهما بيقين فيفرق بينهما وقوله ولها نصف المهر يعني بينهما نصفان
لانه وجب للاولى منهما لانه وجب قبل الفرقة وقعت بسبب مضاف الى الزوج وهو التجهيل
وذلك يوجب المهر البتة واما انه للاولى فلان نكاحها صحيح دون الاخرى وبعد سر كلامه المهر للاولى
منهما لما قلنا وليس احديهما تكون اولى بالتجهيل بالاولية ولم تعتصن النسخ بالاولوية فيصرف اليهما وقوله
وقيل لابد من دعوى كل واحد منهما قال الفقيه ابو جعفر لا يدعي كل واحد منهما انها هي الاولى واما اذا
قالتا لا ندري اي النكاحين كان اول لا يقضى لهما بشيء حتى يصطلحا لان الحق للمجهول فلا بد من الدعوى
او الاصطلاح ليقضى لهما وصورة الاصطلاح ان يقولا عند القاضي لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا

فيصطلحا

فيصطلحا على اخذ نصف المهر فيقضي القاضي قال ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها ولا يجمع بين
المراة وعمتها او خالتها ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المراة على عمتها
ولا على خالتها ولا على ابنة اختها رواه ابن عباس كذا هو وجابر كذا في النهاية وذكر الترمذي في جامعه
انه رواه علي وابو هريرة وابن عمرو وابو سعيد وعبد الله بن عمر وابو امامة وجابر وعائشة وابو موسى
الاشعري وسمرة بن جندب رحمهم الله وهو مشهور تلقته الامة بالقبول والعمل فان قيل ما فائدة
التكرار الحكم واحد بصيغتين مختلفتين في موضعين فان المراد من قوله لا تنكح المراة على عمتها هو ان
لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المراة وبين عمتها هو عين جمع المراة بينها وبين بنت اخيها وكذلك الجمع
بين المراة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة اختها اجيب بان شمس الائمة السرخسي قال ذكر هذا النفي
من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم او لازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان انه نكاح ابنة الاخ
على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح
الحرة على الامة فبين النبي صلى الله عليه وسلم ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال والقايل
ان يقول عبارة المصنف تابع له لانه قال وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله وهذه العبارة
انما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين وما نحن فيه ليس كذلك لان قوله تعالى واحل لكم
ما وراء ذلكم عام وهذا الحديث خصصه سلمنا جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط
التخصيص المقارنة عندنا وهو ليس معلوم ويمكن ان يجاب عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ اخص
فيجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم مجاز شايع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب
به ولا نزاع في ذلك لا سيما انه تطرق اليها الاحتمال بالنسخ مرة فان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
نسخ عموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم لتقديره مناكح البنات فكذا النسخ فجاز ان ينسخ بخبر مشهور
ما تناوله مما ذكرناه ولا باس بمطالعة ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المهرة الحذاق المؤسس ان كانت
القواعد الاصولية على ذكر منك وقوله ولا يجمع بين امراتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج
ظاهر وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذي كنا فيه لان الجمع بين المراة وعمتها يحرم لافضائه الى قطيعة الرحم
المحرم القطع وهو موجود فيما نحن فيه ولا عليك ان تجعله ثابتا بدلالة قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين كما قلنا
وهو اولى وقوله ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه
السلام يحرم من الرضاع الحديث وقوله ولا باس بان يجمع بين امراة ظاهر وقوله في المبسوط قول زفر
هذا الى ابن ابي ليلى قال ومن زنى بامراة حرمت عليه امها وبنتها لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع
اراد ان يبين ان الزنا يوجب حرمة المصاهرة او لا وذكر الخلاف فقال ان فعل الزنا لا يوجب حرمة المصا
هرة لانها نعمة فانها تلحق الاجنبيات بالمحارم وكل ما هو نعمة لا ينال بالمحظور لما تنتفي المناسبة الواجبة
بين الحكم وسببه ولنا ان الوطي سبب الجزئية وتقديره الولد جزء من ابيه والاستمتاع بالجزء حرام اما ان الولد جزء
منه فلان سبب الجزئية موجود وهو الوطي فانه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين
بسبب الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كما يقال فلان ابن فلان وابن فلانة فتصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه
ويصير اصوله وفروعه كاصولها وفروعها فان قيل لو كان كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المراة الموطوءة لانها
حينئذ جزء الواطي اجاب بقوله والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة لانها لو قيل بحرمتها
متى لم تحل امراة بعد ما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لانه ما شرع الا للتوالد فلو حرمت
بالولادة لكان ما وضع للولادة ينتفي بها وذلك خلف باطل واما ان الاستمتاع بالجزء حرام فلان اول
الانسان ادم عليه وقد حرمت عليه بناته فهو الاصل في حرمة الجزء واستثني موضع الضرورة وهي امراته
وقوله والوطي محرم وهو انه سبب الولد جواب عن قوله حرمة المصاهرة نعمة فلا ينال بالمحظور وبيانه
ان الوطي ليس سبب الحرمة من حيث ذاته حتى تعتبر الحرمة المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية ولا من حيث
انه زنا وانما هو سبب لها من حيث انه سبب للولد اقيم مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا معصية
للسبب الذي هو الولد لعدم انتفائه بذلك لا يقال ولد عصيان او عدوان والتي اذا قام مقام غيره يعتبر فيه
صفة اصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم وقوله ومن مسته امراة بشهوة بيان ان الاسباب الداعية الى الوطي
في اثبات الحرمة كالوطي في اثباتها قال الفقيه ابو الليث هذا ويلي المسئلة اذا صدق الرجل المراة انها مسته عن شهوة
ولو كذبها ولم يقع في اكبر رايه انها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي ان لا تحرم عليه امها وبنتها فان قيل ذكر مسئلة
الدواعي تكرار لان نفس الوطي الحرام اذا لم توجب الحرمة عند الشافعي فلان لا يوجبها دواعيه اولى اجيب بانا

كان نكرارا ان لو كانت مقصورة في الحرام فقط وليس كذلك بل هي في الحلال مثل ان مست امة مولاها كذلك غير انا
لم نميز بين الحلال والحرام في شمول وجوبه الحرمة وانا فيما في وجوب العدم لدى الحلال ما ذكر في الكتاب ان المس
والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال وكل ما ليس في معنى
الدخول لا يلحق بالدخول لان الملحق لا بد وان يكون في معنى الملحق به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي
والسبب الداعي الى الشي يقام مقامه في الاحتياط وهذا لان قد عهد بصاحب الشرع من اعتنا في حرمة الابضاع
الايري انه اقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون ساير الاحكام من التوارث
ومنع وضع الزكاة ومنع قبول الشهادة فاقمنا السبب الداعي مقام حقيقته دون ساير الاحكام من التوارث
المدعو احتياطا وفساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم
السبب فيه مقام الوطي ونوقض بما ذكرتم ان كان صحيحا قام النظر الى جمال المراة مقام الوطي في ثبوت الحرمة
بكونه سببا داعيا اليه والجواب ان النظر الى الفرج المحرم وهو ما يكون نظرا الى داخل الفرج بان كانت متكية وهو لا
يحل الا في الملك والنظر من ذلك انها لا تكون في هذه الحالة الا في خلوة عادة فانظر بعد هذا الى ان النظر الى الجمال
الحلال في الملك وغيره خلاء وملاء فلم يكون داعيا الى الوطي دعوة النظر اليه اولا لا راك قليلا بذلك الا مكن
وعرف المس بشهوة بان تنتشر الالة يعني اذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس او تزداد انتشارا اذا كانت منتشرة
قبل ذلك وقوله هو الصحيح احترازا عن قول كثير من المشايخ قال في الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترطوا
الانتشار وجعلوا احد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها واختار المصنف قول شمس الايمة السرخسي
وشيخ الاسلام قال في النهاية بهذا اذا كان شابا قادرا على الجماع فان كان شيخا او عنينا فحد الشهوة
ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك او يزداد الاشتهاء ان كان متحركا وهذا الشرط وكان الفقيه
محمد بن مقاتل الرازي لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الالة وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين
الذي ماتت شهوته حتى تتحرك عضوه بالملامسة وهو اقرب الى الفقه وقوله والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولو مس فانزل
فقد قيل يوجب الحرمة وبه كان يفتي شمس الاسلام الاوزجندي ووجهه ان مجرد المس بشهوة يوجب الحرمة فهذه الزيادة وان
كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خللا فيها والذي اختاره المصنف في الكتاب هو اختيار شمس الايمة السرخسي
والامام فخر الاسلام وقد نص محمد في باب اتيان المراة في غير ماتاها من الزيادات ان الجماع في الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة
وكذا النظر الى موضع الجماع من الدبر بشهوة وهذا الاصح لما تبين انه اي المس بالانزال غير مفض الى الوطي والمس المفضي
اليه هو المحرم ومعنى قولهم المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالانزال هو ان الحرمة عند ابتداء المس بشهوة لا توجب الحرمة
بالانزال هو ان الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفا الى ان يتبين بالانزال فان انزل لم يثبت والا ثبت
لا ان يكون معناه ان حرمة المصاهرة تثبت بالمس ثم بالانزال تسقط ما ثبت من الحرمة لان حرمة المصاهرة اذا ثبت
لا تسقط ابدا واذا طلق امراته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي ان كانت
العدة عن طلاق باين كالطلاق على مال يجوز لانقطاع النكاح بالكلية لان القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال
اذ ليس فيه شايبة الرجوع فلا يتوهم اعماله واعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله
ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة وجب الحد ولنا انا لا نسلم انقطاع النكاح بالكلية فان النكاح الاول قائم لبقاء بعض
احكامه كالنفقة والمنع من الخروج والفراش وهو صيرورة المراة بحال لو جاءت بولد ثبت النسب منه فكان هذه لذلك
ما دامت في العدة لا نزاع في بقاء هذه الاحكام سوى النفقة ولا في كونها مرتبة على النكاح فلو لم يكن النكاح قائما لكان
العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل واذا كان النكاح قائما كان عمل القاطع متاخرا كما في الطلاق الرجعي ولهذا
بقي القيد فلو جاز نكاح الاخت في العدة لزم الجمع بين الاختين وهو حرام وقوله والحد لا يجب جواب عن قوله
ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة يجب الحد ووجهه انا لا نسلم وجوبه على اشارة كتاب الطلاق قال معتدة
عن طلاق ثلاث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يلزم الولد للزوج اذا انكره ففي قوله لا يثبت نسبه منه
اذا انكره دليل على انه لو ادعى ثبت نسبه منه ففيه اشارة الى ان الوطء في العدة من طلاق ثلاث لا يكون زنا لا يكون زنا
اذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وان ادعى ولين سلمنا ذلك بناء على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهو ما قال
ان من طلق امراته ثلاثا ثم وطيها في العدة يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فذاك باعتبار ان الملك في حق الحل
قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطي في غير الملك ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لانا قد
اتفقنا على بقاء المنع من الخروج والفراش ولم يكن ذلك الا باعتبار الحكم بقيام النكاح فقلنا بقيامه في حق الجمع
بالاخت احتياطا في النفاد وبعد عن الجمع بين الاختين قال ولا يتزوج المولى امته ولا يتزوج المولى
امته ولا المراة عبدها خلافا لنفاة القياس استدلوا بقوله فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله او ما ملكت ايمانكم من فتياتكم

وا ... لكم ما دامت ...

ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها لان النكاح
ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية
تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة

المومنات

المومنات ولنا ان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين يعني انه كما يجب للزوج على الزوجة
حق يقتضي مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطيها ودواعيه شرعا والمنع عن الخروج والبروز والتحصين
فكذلك يجب لها عليه حق يقتضي مالكيتها عليه كطلب النفقة والكسوة حبرا والسكنى والقسم والمنع عن العزل
والعام بمصالحها الراجعة الى الزوجية فكان النكاح مشروعا بايجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما فكان كل
واحد منهما مالكا ومملوكا وبينهما منافاة لان المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي المقهورية ولا خفاء
في التنافي بينهما واعترض بانهما من جهتين مختلفتين ولا تنافي حينئذ والجواب بمنع اختلاف الجهة بان كون المراة مالكة
بجميع اجزايها انما هو بالنسبة الى العبد وكونها مملوكة ايضا انما هو بالنسبة الى العبد فلم تختلف الجهة ولقايل
ان يقول المراة جميع اجزايها مالكة للعبد بجميع اجزايه وليست بمالكة لمنافع بضعه بضعه فجاز ان تملك العبد
بالنكاح على سيدته منافع بضعها لان النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه
مملوكا ولا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث اجزايها فاختلفت الجهة وانتفت التنافي والجواب
عليه انا لا نسلم انها لم تملك منافع بضعه فانها تقدر على اتلافه باتلافها والجب من غير ضمان يلحقها فكان العبد مملوكا
من حيث منفعة بضعه مالكا فاتحدت الجهة وتحقق التنافي واما الجواب عن ما استدل به نفاة القياس من الاية فبانها
تعارضها قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم واماكم خاطب الله تعالى الموالي بانكاح الاماء
لا بنكاحهن فان قيل الاية ساكتة عن بيان نكاحهن وان كان ليس بحجة فالجواب ان الموضع موضع بيان ما يحتاج
اليه من امر النكاح والسكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات
من الذين اوتوا الكتاب قال المصنف اي العفايف فسره بذلك احترازا عن قول ابن عمر فانه فسرها بالمسلمات
وليست العفة شرطا لجواز النكاح وانما ذكرها بناء على العادة بدلالة الغرض ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال
اليوم احل لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المومنات والمحصنات
من الذين اوتوا الكتاب اي واحل لكم المحصنات من المومنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب فلا خفاء في دلالته
على الحل ولا فرق بين الكتابية والامة على ما نبين من بعد يعني بعد اسطر حيث قال ويجوز تزويج الامة ولا يتزوج
المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملتهم في اعطاء الامان
باخذ الجزية منهم رواه عبد الرحمن بن عوف ولا يجوز تزويج الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
حتى يومن وهو بعمومه يتناول الوثنية وهي من يعبد الصنم وغيرها واعترض بان اهل الكتاب مشركون قال
الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى قوله سبحانه عما يشركون وقد ذكر
في التيسير والكشاف ان اسم اهل الشرك على اهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي
عدم جواز نكاح الكتابيات وقد بين المصنف جوازه مستدلا بقوله والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب
والجواب ان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب في قوله ولتسمعن من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم
ومن الذين اشركوا اذى كثيرا وفي قوله لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين والمعطوف غير المعطوف
عليه لا محالة وقوله عما يشركون نفي تحقير بتبعية وذلك لانه شبه اتخاذهم الاحبار والرهبان اربابا باشراك
المشركين وسرى ذلك الى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف في علم البيان فان قيل اتخاذهم
ذلك اربابا عين الشرك لا مشبه به قلت فيه الاستعارة بصحته فانهم لم يجعلوهم اربابا حقيقة وانما كانوا
يطيعونهم لتعظيم الارباب فان قلت لما تاويل ابن عمر لقوله تعالى والمحصنات من المومنات بالاتي اسلمن
من اهل الكتاب قلنا لسنا ناخذ به لعوايده اذ زال عن الفايدة فان غير الكتابية ايضا اذا اسلمت حل نكاحها وقد
جاء عن حذيفة انه تزوج يهودية وكذا عن كعب بن مالك قال ويجوز تزويج الصابيات ان كانوا يومنون بدين
نبي الصابية من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر
في الصحاح انهم جنس من اهل الكتاب والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين وقوله والخلاف
المنقول فيه يعني عن ابي حنيفة وصاحبيه ان انكحتهم صحيحة عنده خلافا لهما محمول على اشتباه مذهبهم فكل
اجاب بما وقع عنده وقع عند ابي حنيفة انهم من اهل الكتاب يقرؤون الزبور ولا يعبدون الكواكب ولكنهم
لم يفضلوا العبدة الاوثان لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال اليه ووقع عندهما انهم يعبدون
الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان فاذا لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال به ابو
حنيفة جاز مناكحتهم عندهما ايضا وان كانوا كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده ايضا فحكم ذبيحتهم على هذا ويجوز
تزويج المحرم والمحرمة في حالة الاحرام وقال الشافعي لا يجوز تزويج المحرم وليته على هذا الخلاف له ما روي عن عثمان
بن عفان انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب ولنا ما روى ابن عباس انه عليه السلام

تزوج ميمونة وهو محرم قال ابو عيسى الترمذي حديث ابن عباس حسن صحيح قلت النكاح مما يثبت به حرمة المصاهرة فيجب ان لا يجوز على المحرم قياسا على الوطء اذا كان الحديثان متعارضين قلت ما رواه محمول على الوطء اي لا يطأ ولا يمكن المراة ان تطأه كما هو فعل البعض فكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاما ضروري عنده لما فيه عنده من تعريض الجزء على الرق اذ الولد يتبع الام في الرق وما يثبت للضرورة يتقدر بقدرها والضرورة تندفع بالمسلمة فلا حاجة الى الكتابية ولهذا اي ولكونه ضروريا عنده جعل طول الحرة مانعا منه اي من تزوج الامة باندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرة وعندنا جواز نكاح الامة مطلقة مسلمة كانت او كتابية لاطلاق المقتضي وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله واحل لكم ما وراء ذلكم وانتفاء المانع الذي هو ابداء وهو تعريض الجزء على الرق لان له اي في الاقدام على نكاح الامة امتناعا عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه لانه لم يوجد بعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية الا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس بمانع شرعا لان له ان لا يحصل الاصل بالعزل برضى المراة وبتزوج العجوز والعقيم فلان يكون له ان لا يحصل وصف الحرية بتزوج الامة اولى ولا يتزوج امة على حرة سواء كان حرا او عبدا وقال الشافعي يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز برضى الحرة وجه الشافعي ان تزوج الامة ممنوع لمعنى في المتزوج الا كان حرا وهو تعريض حرية على الرق مع الغنية عنه ولا يوجد في حق العبد لانه رقيق بجميع اجزائه ووجه قول مالك ان المنع لحق الحرة فاذا رضيت فقد اسقطت حقها ولنا ما ذكره محمد بن الحسن في مبسوطه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة عليهما لان الراي في مقابلة النص غير معتبر فان قلت جوزتم نكاح الامة مسلمة كانت او كتابية لاطلاق المقتضي على ما قلتم فلا جوزتم نكاحها على الحرة بذلك قلت جوزنا هناك بوجود المقتضي وانتفاء المانع وهنا وان كان المقتضي موجودا لكن المانع غير منتف وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرر في الطلاق فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ولا علينا ان نقرره هنا وتقريره ان الحل الذي ينبني عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال والنساء جميعا وكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر اربعا فكذلك يتنصف برق المراة لان الرق هو المنصف وهو يشملها ولا يظهر امكان هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المراة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذلك نقول الاحوال ثلث حال ما قبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لا تحتمل التجزي فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة او متاخرة عنها وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالدليل القطعي مانع عن العمل بالمقتضي فتامل فانه غريب ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها فجاز العمل باطلاق المقتضي عند انتفاء المانع فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلث لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما ووجه الجانبين على ما ذكر في الكتاب ظاهر ولا بد لهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوج امراة في عدة اختها من طلاق بائن فانهما لم يجوزاه كابي حنيفة وقالوا في الفرق لهما ان الحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدة اختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز واما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحها ولكنه باعتبار نقصان الحال على ما مر وهذا لا يوجد بعد البينونة ولقائل ان يقول نكاح الاولى قائم ما دامت في العدة اولا فان كان الاول ورد عليهما هذه المسئلة وان كان الثاني فتلك المسئلة وقد علل في النهاية عن المبسوط والاسرار فرقا اضعف من هذا فلا حاجة الى ذكره قال وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاما وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك قال الله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع نص على العدد والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وفيه بحث لان هذا معدول وفيه وصف ولهذا امتنع عن الصرف للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فيثبت الزيادة بقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم سلمنا انه عدد ولكن لا نسلم ان التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لانه عليه السلام قال انما يغسل الثوب من خمس من بول وغائط وقيء ومني ودم وبالاتفاق يغسل من غيرها ايضا من انه عليه السلام نص على العدد مع كلمة الحصر والجواب عن الاول انه يجب الاصل من الاعداد وان استعمل وصفا وعن الثاني بان معناه انما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الادمي لان هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سال عن النجاسة وهو منحصر على هذا العدد فان قيل سلمناه لكن مقتضاه التسع او ثمانية عشر لما ان الواو للجمع اجيب بان هذا الوهم هو الذي اوقع الرفضة لعنهم الله في التسوية بينهم وبين افضل الموجودات مع اعتقادهم بذلك بتفضيله

النبوة

النبوة اوازدياده عليه فان منهم من ذهب الى جواز التسع ومنهم من ذهب الى جواز الثمانية عشر نظرا الى المعنى المعدول وحرف الجمع ولكن ليس الامر على ما توهموا لان المراد بمثل هذا الكلام احد هذه الاعداد قال الفراء الاوجه يحمل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام والكلام المجيد منزه عن ذلك وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين غيلان الديلمي وبين ما زاد على الاربع من النسوة حين اسلم وتحته عشر نسوة ولم ينقل عن احد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ولا بعده الى يومنا هذا انه جمع بين اكثر من اربع نسوة نكاحا وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه اي نكاح الامة ضروري في حق الحر عنده كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة والحجة عليه ما تلوناه يعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء فان اسم النساء ينتظم الامة المنكوحة كما في الظهار فان ايتها مذكورة بلفظ النساء ويتناول الامة المنكوحة ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من ثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده لانه يملك اصل ملك النكاح بالاجماع ولو لم يكن بمنزلة الحر في حق النكاح لما ملكه كما انه لا يملك المال ولهذا اي ولانه بمنزلة الحر عنده حاز له ان يتزوج بغير اذن مولاه لا ان له ان يطلق بغير اذنه ولنا ان الرق منصف على ما سيجيء في الطلاق كما وعده المصنف فيتزوج العبد اثنين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية وتملكه اصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة فانها تملك طلب القسم وينتصف قسمها وقوله فان طلق الحر ظاهر قال فان تزوج حبلى من الزنا الحامل اذا تزوجت فاما ان يكون الحمل ثابت النسب اولا فان كان الاول فالنكاح باطل في قولهم جميعا وان كان الثاني قال ابو حنيفة ومحمد جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها وقال ابو يوسف النكاح باطل لان الامتناع في الاصل اي في الحمل الثابت بالنسب انما كان لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه والحاصل انه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت بالنسب بعلة عدم حرمة الحمل ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وكل من كانت كذلك جاز نكاحها فان قلت حتى يبلغ الكتاب اجله فان قيل لو كانت من المحللات لحل وطؤها بعد ورود العقد عليها اجاب بقوله وحرمة الوطء كيلا يسقي ماءه زرع غيره وحرمة الوطء لعارض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة الحيض والنفاس وقوله والامتناع في ثابت النسب جواب عن قياس ابي يوسف وتقريره لا نسلم ان فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني وقوله فان تزوج حاملا من السبي صورته ان يسبي الحربية حاملا فيريد السابي ان يزوجها لا يجوز ما لم تضع الحمل لان النسب من زوجها ثابت فكان الحامل محترما واجب الصيانة وكذلك حكم المهاجرة وقوله وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها لوجود دليله وهو صيرورة المراة متعينة لثبوت نسب الولد منه وكل من كانت فراشا لشخص لا يجوز نكاحها لئلا يحصل الجمع بين الفراشين فانه سبب الحرمة في المحصنات من النساء فان قيل لو كانت فراشا لبطل نكاحها حاملا ايضا اجاب بقوله الا انه غير متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان وكان فراشا ضعيفا فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل لان الحمل مانع في الجملة وكذلك الفراش فعند اجتماعهما يحصل التاكيد فان قيل اذا كان غير متاكد ينتفي الولد بالنفي من غير لعان وجب ان يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب فانه يقبل النفي دلالة كما اذا قال لجارية له ولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقين واذا انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب في مثله يجوز النكاح كما تقدم اجيب بان هذه دلالة والدلالة انما تعمل اذا لم يخالفها صريح والصريح ههنا موجود لان المسئلة فيما اذا كان الحمل منه فانه قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه وانما يكون الحمل منه اذا اقر به وانما ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وان كان المراد بالفساد ههنا الباطل ايضا على ما ذكره فخر الاسلام وقال لان ثبوت الملك في باب النكاح المنافي انما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع والتناسل فلا حاجة الى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لان الحرمة في المتقدمتين ابدا اما في الحمل من الزنا فلان الحرمة منها مختلف فيها وهو وطؤها واما في المسبية فكذلك على ما روي الحسن عن ابي حنيفة انها اذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها لعدم حد الفراش الذي ذكرناه فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه اي على المولى ان يستبرئها قال الشارحون معنى عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك لان اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير وانما ذكره المصنف فيقال انه اراد به الاستحباب صيانة لمائه وقد صرح في فتاوي اللولوالجي بالاستحباب واذا جاز النكاح جاز للزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا احب له ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى ولو تحقق الاشتغال بالغير كان الوطء حراما فاذا احتمل ذلك يثبت التنزه كما في الشراء فان الموجب فيه احتمال الشغل لكون جواز الاقدام على النكاح اورث ضعفا في السبب فيكون مستحبا ولهما انا قد اتفقنا على جواز النكاح من غير حبل زنا والحكم بجواز النكاح في مثله امارة فراغ الرحم لان النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ عن شاغل محترم وان كان

الرحم فارغا لا يومر بالاستبرا الا استحبابا ولا وجوبا اذ الحكم لا يثبت بلا سبب وانما قدم الاستحباب وكان حقه التاخير لان نفيه مسلم ونفي الوجوب كان بعدمه يوجب الاستغنا عن نفي الوجوب اما لان الخصم يقول به فكان نفيه اهم واما لييتصل بقوله بخلاف الشراء فان الاستبرا فيه واجب ومن تذكر ما سلف من المسايل تفطن لما ذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المصنف استغنا عنها بما تضمن كلامه لما سلف وقوله بخلاف الشرا جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الشرا بالفارق وهو ان الشرا مع الشغل جايز دون النكاح فالحكم بجواز النكاح عبارة امارة الفراغ والا لكان حكما لما لا يجوز والا كذلك في الشرا فيجب الاستبرا وقوله وكذا اذا راى امراة تزني فتزوجها وقيل يعني ان لا تحل احتمال الشغل قايم ودليل الحرمة عند معارضته دليل الحل راجح واجيب بانه تعارض الاحتمالان لان الاحتمال وجود الحل وعدمه وعند ذلك رجحنا جانب العدم لاصالته ولتقوى الاصل لههنا لعدم صاحب الماقال ونكاح المتعة باطل صورة المتعة ما ذكره في الكتاب ان يقول الرجل لامراته اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال او يقول خذي هذه العشرة لا تمتع بك اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام اولم يقل اياما هذا عندنا باطل وقال مالك هو جايز وهو الظاهر من قول ابن عباس لانه كان مباحا فلا نعلم فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا قد ظهر ناسخه باجماع الصحابة وبيان ذلك انه وردت الاحاديث الدالة على نسخها منها ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه ان منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنها حديث الربيع بن سبرة قال احل رسول الله عليه السلام المتعة عام الفتح ثلث ايام فجيت مع ابن عم لي الى باب امراة ومع كل واحد منا برد وكانت بردة ابن عمي احسن من بردي فخرجت امراة كانها دمية عيطا فجعلت تنظر الى شبابي والى برده وقالت هلا بردة كبردة هذا او شبابا كشباب هذا ثم اثرت شبابي على برده فبت عندها فلما اصبحت اذا منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادي الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم اجمعت الصحابة على ان المتعة قد انتسخت في حياة النبي عليه السلام فكانت الاحاديث ناسخة والاجماع مظهر الانسخ الكتاب والسنة بالاجماع ليس بصحيح على المذهب الصحيح فان قيل اين الاجماع وكان ابن عباس مخالفا اجاب بقوله وابن عباس صح رجوعه الى قولهم روى جابر بن زيد ان ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع الى قولهم في الصرف والمتعة فتقرر الاجماع وقيل في نسبة جواز المتعة الى مالك نظر لانه روى الحديث في الموطا عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن بن محمد بن علي عن ابيهما عن علي بن ابي طالب ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة يوم خيبر وعن اكل لحوم الحمر الانسية وقال في المدونة ولا يجوز النكاح الى اجل قريب او بعيد وان سمي صداقا هذه المتعة واقول يجوز ان يكون شمس الايمة الذي اخذ منه المصنف قد اطلع على قول له على خلاف المدونة وليس كل من يروي حديثا يكون واجب العمل لجواز ان يكون عنده ما يعارضه او يترجح عليه والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين الى عشرة ايام والذي يفهم من عبارة المصنف في الفرق بينهما شيان احدهما وجود لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق كما ذكرنا انفا في نكاح المتعة والثاني شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج او النكاح وان يكون المدة معينة وقال زفر هو صحيح لازم لان التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمراة لا لقصد مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ الا يرى ان الكفالة بشرط براة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وقوله ولا فرق بينهما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت احتراز عن قول الحسن بن زياد انهما ان ذكرا من الوقت ما يعلم انهما لا يعيشان اليه كماية سنة او اكثر كان النكاح صحيحا لانه في معنى التابيد وهو رواية عن ابي حنيفة وجه الظاهر ان التاقيت معين لجهة المتعة فان قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التابيد لانه لم يوضع شرعا الا كذلك ولكنه يحتمل المتعة فاذا قال الى عشرة ايام عين الوقت جهة كونه متعة معنى وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سوا واستشكل هذه المسالة بما اذا شرط وقت العقد ان يطلقها بعد شهر فان النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه واجيب بان الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر ليقطع به دليل على وجود العقد موبدا ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا واما صورة النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا في قاطعه ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الاجارة قال ومن تزوج امراتين في عقدة واحدة هذه المسلة من الاصل اي من المبسوط وصورتها ظاهر ومثله البيع ياتي في البيوع وقوله وعندهما تقسم على مهر مثلهما يعني اذا كان المسمى الفا مثلا ينظر الى مهر مثلهما وتقسم المسمى عليهما فما اصاب حصة التي لا تحل يسقط عن الزوج وما اصاب حصة الاخرى تثبت عليه لهما انه قابل المسمى بالبضعين وكلما كان مقابلا بالشيئين فانما يلزم اذا اسلما لمن قابل ولا يتم ههنا الا احدهما فلا يلزمه الا حصته كما لو خاطب امراتين بالنكاح على الف فاجابت احديهما دون الاخرى ولابي حنيفة ان ضم ما لا يحل الى ما يحل في النكاح كضم الجدار الى المراة فيه

فان كل واحد منهما ليس بمحل النكاح لا ينعقد السبق باتي الايجاب حتى لو اجابتاه صح نكاحهما جميعا فيثبت انقسام البدل بالمساواة في الايجاب فان قيل اذا لم يكن محلا للنكاح اصلا ولم يدخل تحت العقد وجب ان لا يجب الحد ان دخل بها ولا يجد عنده اجيب بان عدم الحد باعتبار ظاهر صورة العقد وقوله ومن ادعت عليه امراة انه تزوجها هذه المسلة من الجامع الصغير وهي ملقبة بين الفقها بان قضا القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ عند ابي حنيفة ينفذ ظاهرا وباطنا ومعنى نفوذه ظاهرا نفوذه فيما بينهما بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل عند الله تعالى واما في الاملاك المرسلة والميراث فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالاجماع واما في الهبة والصدقة فعن ابي يوسف فيه روايتان في رواية الحقها بالاشربة والانكحة من حيث انه يحتاج فيه الى الايجاب والقبول وفي الاخرى الحقها بالاملاك المرسلة وما ذكره في الكتاب من غرايب المذاهب واحتج قالوا القاضي اخطا الحجة اذ الشهود كذبة والخطا في الحجة يمنع عن النفوذ باطنا كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عند القاضي لان الغرض انه لم يطلع على شي مما يجرحهم ومثل هذا الشهود هي الحجة المعتبرة في الشرع لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة لان ذلك امر باطن لا يعلمه الا الله فلو اشترط ذلك للقضا لما امكن القضا اصلا بالاحاديث واذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهرا وباطنا بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر بالامارات فان قيل القضا اظهار ما كان ثابتا لا اثبات ما لم يكن والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضا باطنا اشار الى الجواب بقوله بتقديم النكاح على القضا كانه قال انكحتك اياها وحكمت بينكما بذلك قطعا للمنازعة فيحل له ان يطاها لانه لا ينازعه في طلب القضا لوطيها وسالني بعض اذكيا المغاربة حين قدم مصر حاجا سنة سبع واربعين وسبعماية عن هذه المسلة طاعنا في المذهب فاجبته بقولهم هذا قطعا للمنازعة فقال قطع المنازعة لم ينحصر في الوطي فليطلقها فانه يتخلص عن المنازعة مع المراة عن عهدة وطي لم يسبقه محلل فقلت يعني بالطلاق طلاقا مشروعا او غير مشروع لا سبيل الى الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فتعين الاول وهو يقتضي النكاح لا محالة واما منافي هذه المسالة علي فانه روي ان رجلا ادعى على امراة نكاحا بين يدي علي واقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما فقالت المراة ان لم يكن بد يا امير المومنين فزوجني منه فقال علي شاهداك زوجاك ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضايه لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصينهما من الزنا وكان ذلك منه قضا بشهادة الزور فان قيل هذا انما يتم اذا جعل قضاوه بمنزلة انشا العقد وذلك يقتضي ان يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود اجيب بان بعض مشايخنا ذهبوا الى ذلك واليه مال شمس الايمة السرخسي واخرين منهم قالوا ان انشا النكاح لا يثبت مقصودا وانما يثبت مقتضى صحة قضايه في الباطن والمقتضى لا يراعي شرايطه التي يثبت بها لو كان مقصودا كما في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم وهو الجواب عن سقوط الايجاب والقبول وقوله بخلاف الاملاك المرسلة اي المطلقة عن اثبات سبب الملك وان ادعى ملكا مطلقا في الجارية او الطعام من غير تعيين شرى او ارث حيث لا ينفذ القضا الا ظاهرا بالاتفاق حتى لا يحل للمقضي له وطيها لان في الاسباب تزاحما فلا يمكن تنفيذه بيانه ان في الاسباب كثرة ولا يمكن القاضي تعيين شي منها بدون الحجة فلم يكن مخاطبا بالقضا بالملك وانما هو مخاطب بقصر يد المدعى عليه من المدعي وذلك ينافي قد يثبت ظاهرا فاما ان ينفذ باطنا بمنزلة انشا جديد تخليص يتبادر عليه بلا سبب شرعي بخلاف النكاح فان طريقه متعين في الوجه الذي قلنا فيمكنه اثباته وتنفيذه باب الاولياء والاكفا

اخرجنا الاوليا والاكفا عن بيان المحرمات وان كانا شرطي النكاح لان محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق بخلاف الاوليا والاكفا والمتفق اولى بالتقديم على ما ذكره في الكتاب واضح واما وجه من لم يجوزه بدون الولي كابي يوسف في غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي فانه قال لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن يخل بها لانهن سريعات الاغترار سيات الاختيار لا سيما عند التوقان وهو مردود بما اذا اذن لها الولي ولهذا كان اختاره محمد فان الخلل ينجبر به وكان الواجب الجواز حينيذ وهم لا يقولون به وايضا المدعى ان النكاح لا ينعقد بعبارة النسا والدليل المطابق بيان الخلل في العبارة والاعتذار بان هذا التعليل تعليل بان لا تفوض اليهن امر النكاح مطلقا من غير نظر الى انه باذن الولي او لا غير دافع لانتفا المطابقة واما وجه من جوزه فهو انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج بالاتفاق وكل تصرف هذا شانه فهو جايز بلا خلاف فان قلت لا نسلم انها تصرفت في خالص حقها بل في حق تعلق به حق الاوليا ولهذا لا يجوز اذا لم يكن بكفو في رواية قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه واما على رواية الحسن عن ابي حنيفة فالجواب ان المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الاصلية التي يتوقف على النكاح من تمليك بضعها واستيجاب المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها وكل ذلك خالص حقها فلا معتبر بالعارض من لحوق العار للاوليا فان قيل هذا استدلال بالراي في مقابلة الكتاب ومثله فاسد اما الكتاب فقوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهى الولي عن العضل وهو المنع وانما يتحقق منه

المنع اذا كان الممنوع في يده واما السنة فما روي في السنن عن ابي جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة
عن عايشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت من غير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فالجواب
ان الاية مشترك الالزام لانه نهاهم عن منعهن عن النكاح هذا على انهن يملكنه وان قوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن
في انفسهن وقوله حتى تنكح زوجا غيره وقوله ان ينكحن ازواجهن يعارضها واما الحديث فساقط الاعتبار لان ابن جريج سال
الزهري عنه فلم يعرفه وفي رواية فانكره ولان عايشة عملت بخلافه زوجت بنت اخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير
وذلك يدل على نسخه ولانه معارض بقوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم لامراة لا زوج لها بكرا كانت
او ثيبا هذا هو الصحيح عند اهل اللغة واذا كان الكتاب والسنة متعارضا ترك المصنف الاستدلال بهما للتي تبين
وصار الى المعقول وهو مروي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وقوله وانما يطالب الولي بالتزويج جواب عما يقال
اذا انصرفت في خالص حقها ووجهه انها بمباشرة هذا التصرف تنسب الى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص
حقها واجبا عليه صيانة لها عن النسبة اليها وقوله ولكن للولي الاعتراض في غير الكفو يعني اذا لم يلاءم الزوج واما اذا
ولدت فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد عمن يربيه قال في النهاية وكذا في مبسوط شيخ الاسلام واذا زوجت المراة
نفسها من غير كفو فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت اولاد ثم اراد ان يخاصم في ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل
رضا في حق النكاح في حق البكر نصا بخلاف القياس قال كذا كان مكتوبا بخط شيخي وقوله وعن ابي حنيفة وابو يوسف
انه لا يجوز في غير الكفو يعني لدفع ضرر العار عن الاولياء فال تمس الايمة وهذا اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة
الى القاضي ولا كل قاضي يعدل وهو معنى قوله لان كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما يعني ينعقد نكاحها عنده
ايضا بلا ولي ولا يتوقف على الاجازة قال ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة لا يجوز عندنا خلافا للشافعي وهو
مذهب ابن ابي ليلى له ان الصغيرة اذا كانت يكون تزوج كرها فكذا البالغة والجامع بينهما الجهل بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا
اي ولكونها جاهلة بامر النكاح يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة لان الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت
كذلك لا يكون للغير عليها ولاية وقوله والولاية على الصغيرة جواب عن قياسه على الصغيرة بالمفارقة وذلك لان الولاية
على الصغيرة انما كانت لقصور عقلها وفيما نحن فيه ليس بموجود لانه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الاجبار عليها
كالاجبار على الغلام فان كان صغيرا جاز لقصور العقل وان كان بالغا لا يجوز فصار كالتصرف في المال اي في مال البكر
البالغة فانه لا يجوز للاب التصرف فيه وقوله وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة جواب عن قوله ولهذا يقبض الاب
صداقها ووجه ذلك ان الظاهر ان البكر تستحيي عن قبض صداقها وان الاب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها بذلك مع مال
نفسه ليبعثها الى بيت زوجها فكان ذلك اذنا دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها لان الدلالة تبطل بصريح نهيها وقوله
واذا استاذنها الولي ظاهر قوله فان فعل هذا اعني الاستيمار والاستيذان غير ولي وهو الاجانب او قريب
ليس بولي كان كان كافرا او عبدا او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كان استاذن الاخ مع وجود الاب لا يكون رضى حتى
تتكلم لان هذا السكوت لعله الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا وقوله ولو وقع اي السكوت دليلا فهو دليل
يحتمل الاذن والرد والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء لانه فضولي او في حق ولي غيره احق لعدم
الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا وقوله ولو وقع اي السكوت دليلا بخلاف ما اذا كان المستامر رسول الولي
لانه قايم مقامه وقوله ويعتبر في التسمية يعني اذا استامر فلا بد ان يسمي الزوج على وجه تعرفه اما اذا ابهم وقال اني ازوجك
فسكتت لا يكون السكوت رضى ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من المتاخرين
لا بد من تسمية المهر في الاستيمار لان رغبتها تختلف باختلاف العقد اقلة القلة والكثرة ووجه الصحيح ما ذكره ان للنكاح
صحة بدونه فلا يحتاج الى ذكره ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا من كونه رضا وكان محمد بن مقاتل يقول اذا
استامرها قبل العقد فسكتت فهو رضى منها بالنص فاما اذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم العقد لان الحاجة هنا الى الاجازة
والسكوت لا يكون اجازة لان هذا ليس في معنى المنصوص عليه فان السكوت عند الاستيمار لا يكون ملزما لتمكنها ان ترجع
قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد التكلم لسكوت لكنا نقول هذا في معنى المنصوص
لانها عند الاستيمار تجيب بلا ونعم فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذي يحول الحيا بينها وبينه وهو نعم لما فيه من اظهار
الرغبة في الرجال وهو موجود فيما اذا بلغها العقد وهو معنى قوله لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف وقوله ثم
المخبر ان كان فضوليا اعلم ان محل الخبر اذا كان في حقوق العباد على ثلاثة اقسام ما فيه الزام محض كالبيوع والاشربة
والاملاك المرسلة ونحوها وما ليس فيه الزام اصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا والاذن في التجارات
وما اشبه ذلك وما فيه الزام من وجه كالذي نحن فيه واخواته كعزل الوكيل وحجر الماذون واخبار المولى بجناية عبده
ونحوها فالاول يشترط فيه العقل والعدالة والضبط والاسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة والثاني يشترط فيه
التمييز دون العدالة والثالث ان كان المبلغ رسولا او وكيلا لا يشترط فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق وان كان فضوليا

يشترط

يشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هو نظير القسم الثاني في اشتراط
ان يكون المخبر مميزا سوا كان عدلا او لم يكن وموضع ذلك اصول الفقه ولو استاذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله صلى
الله عليه وسلم الثيب تشاور ووجه الاستدلال ان المشاورة من باب المفاعلة وهو يقتضي الفعل من الجانبين وقد وجد النطق
من المولى بالسوال فلا بد من النطق منها في الجواب وقيل المشاورة من طلب الراي بالاشارة الى الصواب وذلك لا يكون الا
بالنطق ولان النطق في النكاح من الثيب لا يعد عيبا واذا لم يعد عيبا لم يكن النطق في البكر لانه يعد منها عيبا واذا لم يكن
في معناه لا يلحق به ولان السكوت صار رضا لتوفر الحيا فان عايشة لما اخبرت ان البكر تستحيي قال عليه السلام سكوتها
رضاها والحيا في الثيب غير متوفر لعلمه بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت البكارة بوثبة وهي الوثوب
من فوق او حيض او جراحة او تعنيس عنست الجارية يعني عنست عنوسا اذا جاوزت وقت التزويج فلم تزوج فهي في
حكم الابكار في كون اذنها سكوتها لانها بكر اذ البكر هي من يكون مصيبها اول مصيب وهذه ايضا مشتق من الباكورة وهي
اولى الثمار ومن البكرة وهي اول النهار ورد بانه لو كان كذلك لما تمكن من الرد من اشترى جارية على انها بكر فوجدها زايلة البكارة
بالوثبة لانها بكر حقيقة على ما قلتم لكنه له ان يردها واجيب بان الرد باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة
لا لكونها غير بكر ولان النطق سقط للحيا وهو موجود ههنا لانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنى فهي كذلك
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يكتفي بسكوتها لانها ثيب حقيقة اذ الثيب من يكون مصيبها عايدا
اليها مشتق من المثوبة وهي الثواب وانما سمي بها لانها رجع اليها في الحقيقة العاقبة ومن المثوبة وهو الموضع الذي
يثاب اي يرجع اليه مرة بعد اخرى ومن التثويب وهو الدعا بعد الدعا واذا كانت ثيبا لا يكتفى بسكوتها ولابي حنيفة ان
الناس عرفوها بكرا وتقريره ان الشرع جعل السكوت رضى بعلة الحيا على ما روينا من حديث عايشة واذا وجدت العلة
ترتب عليه الحكم وههنا قد وجدت لما بينه بقوله ان الناس عرفوها بكرا فيعيرونها في بعض النسخ فيعيبونها بالنطق
فتستحيي فتمتنع عن النطق فكانت العلة موجودة فيكتفي بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها واذا ظهر هذا سقط
ما قيل هذا التعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام الثيب تشاور وهو باطل لا وهذا عمل بعلة منصوص عليها
لا تعليل في مقابلته فان قيل لا نسلم ان هذا عمل بعلة منصوص عليها لان المنصوص عليها حيا يكون من كرم الطبيعة
وذلك محمود وهذا الحيا حيا معصية فليس من افراده حتى يدخل تحت النص اجيب بان هذا الحيا لان في الا
ستنطاق باعتبار انها ثيب ظهور فاحشتها فصار كالغريب من التاقيف فيلحق به قوله بخلاف ما اذا وطيت بشبهة
متصل بقوله فيكتفي بسكوتها يعني ان من وطيت بشبهة او بنكاح فاسد لا يكون اذنها سكوتها لعدم الحيا ثمة لان الشرع
اظهره حيث علق به احكاما من لزوم العدة والمهر واثبات النسب واما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها
باقامة الحد عليها او بصيرورته عادة لا يكتفى بسكوتها فان قيل يجب ان يكتفى بسكوتها في هاتين الصورتين ايضا لانها
داخلة تحت اسم البكر لان الشرع وهو قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة اجيب بان هذا قول بعض المشايخ
وهو ضعيف فان في الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ايضا ولا يكتفى بسكوتها بالاجماع فعرفنا ان
المعتبر بصفة الحيا وقوله لان السكوت اصل والرد عارض بناء على ان السكوت عدم الكلام ولا شك في تقدمه
على عروض الكلام فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة وانه لا يعتبر قوله بل القول قول
من يدعي لزوم العقد بالسكوت بالاجماع لان السكوت اصل والرد عارض فكان القول قول من يدعي السكوت
وقوله ونحن نقول ظاهر وحاصله انه يعتبر الانكار المعنوي وزفر يعتبر الانكار الصوري وقوله بخلاف
جواب عن قياس زفر ووجهه انا نجعل القول لمن يشهد له الظاهر واللزوم قد ظهر بمضي المدة فلهذا القول
له كذلك وان اقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح فان قيل هذه شهادة قامت على النفي لما ذكرتم ان
السكوت عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة اجيب بانها مقبولة اذا كان علم الشاهد محيطا به
كما اذا ادعت المراة على زوجها انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وقال الرجل بل قلته فاقامت بينة
انه لم يقله تقبل ويفرق بينهما لان هذا مما يحيط به علم الشاهد لانه لو قاله يسمعه الشهود وان اقاما البينة
قال الامام التمرتاشي بينتها اولى لانها تثبت الرد وهو يثبت عدما وهو السكوت حتى لو اقامها على انها اجازت او رضيت
حين علمت حتى استويا في الاثبات ترجحت بينته لانها تثبت اللزوم وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة
وهي مسالة الاستحلاف في الاشياء الستة وستاتيك ان شاء الله تعالى قال ويجوز نكاح الصغير والصغيرة
اذا زوجها الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة على ترتيب العصبات في الارث وقال مالك
وليهما الاب ليس الا حتى اذا زوجها الجد عند عدم الاب لا يجوز وقال الشافعي وليها الاب او الجد لا غير اذا
كانت الصغيرة بكرا فان كانت ثيبا فلا ولاية عليها حتى لو زوجها الاخ او العم او الاب زوج الثيب الصغيرة
الاب او الجد كرها لا ينعقد النكاح ووجه قول مالك ان الولاية على الحرة مع قيام المنافي باعتبار الحاجة ولا حاجة

الصغير والصغيرة فلا ولاية عليهما غير ان ولاية الاب ثبتت نصا على خلاف القياس فان ابا بكر زوج عايشة
من النبي صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست سنين وصح النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فلا يقاس عليه غيره ولهذا الحد
ولا يلحق به دلالة لانه ليس في معناه لان الولد جزء الاب فكانت الولاية للاب عليه كالولاية على نفسه والجزئية قد ضعفت
بالجد والشفقة قد نقصت فلا يكون في معناه قلنا لا نسلم ان الولاية على الحر على خلاف القياس بل هو موافق له لان النكاح
يتضمن المصالح من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة ولا يتوفر الا بين متكافيين عادة ولا يتوفق الكفو في كل وقت
فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احراز الكفو لكن لا يتاتى منه الاحراز اذا كان ابا او غيره ووجه قول الشافعي ان الولاية للنظر
والنظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا اي لقصور شفقته لا يملك التصرف
في المال مع انه ادنى رتبة لكونه وقاية للنفس فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان الولاية للنظر وهو
موجود في كل الحد قريب لان القرابة داعية كما في الاب والجد فان النظر فيهما لم ينشا الا من القرابة غاية ما في الباب
انه تتفاوت كمالا وقصورا لقرب القرابة وبعدها لكن ما في البعيد من القصور يمكن التدارك فاظهرناه لسلب ولاية
الالزام محققنا لها خيار البلوغ فاذا بلغ ووجد الامر على ما ينبغي مبنيا مضينا على النكاح وان وجد اقدا وقع
خللا لقصور الشفقة والنظر فيه النكاح بخلاف التصرف في المال لان الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك
لانه يتكرر بتداول الايدي بان يبيع الولي ثم يبيع المشتري من الاخر وثم وقد يغيب بعضهم ولا يمكن توقف ذلك كله
الى وقت البلوغ فلا يفيد الولاية به الا ملزمة ولا الزام مع القصور بخلاف المتنا لحي فانها تبان من غير تكرار غالبا
فكان التدارك للتوقف ممكنا وقوله وجه قوله اي قول الشافعي في المسئلة الثانية بسبب لحدوث الراي ابتداء
وتقديره ان الراي امر باطن والثيابة سبب لحدوثه لوجود الممارسة فيقام مقامه ويدار الحكم عليه تيسيرا ولنا ما ذكر
من تحقق الحاجة يعني ان المقتضي للولاية النظرية هو الحاجة وقد تحقق للصغر والمانع وهو قصور الشفقة
قد انتفى لان الشفقة في الاب والجد متوافرة واذا وجد المقتضي وانتفى المانع يجب تحقق الحكم ولا نسلم حصول
الراي للصغيرة بسبب الممارسة لان الراي والعلم بهذه الجماع انما يحدث عن مباشرة بشهوة لها واذا لم يكن العلة
سببا لحدوث الراي لا يصلح مدارا واما الصغر فانه سبب للحاجة للعجز عن التصرف بنفسه فجاز ان يكون مدارا
وكل ما ثبت الصغر ثبتت الولاية ثم الدليل يؤيد كلا منافي ما تقدم يعني من اطلاق الولي في قوله ويجوز نكاح الصغير
والصغيرة اذا زوجهما الولي قوله صلى الله عليه وسلم النكاح للعصبات من غير فصل وقوله والترتيب في العصبات
ظاهر وقوله اعتبارا بالاب والجد يعني مع داعيه ولهما ان قرابة الاخ ناقصة حصص الاخ ليعلم به حكم ساير الاولياء
بالطريق الاولى لانه اقرب الاولياء بعد الجد وقوله فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى يعني الى امور الكفاءة والمهر
ومقاصد اخرى في النكاح من سوء الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولؤمها وتوسيع
النفقة وتقتيرها وهذه المقاصد اهم من الكفاءة ولا يوقف عليها الا بالجد البليغ ونظر صايب فلنقصان قرابته
وقصور شفقته ربما لا يحق النظر فيتوهم الخلل فيها فيتدارك بخيار الادراك وقوله والاطلاق بالجواب في غير الاب
والجد يتناول الام والقاضي يعني في اثبات الخيار عند البلوغ واراد بالاطلاق قوله فان زوجهما غير الاب
والجد فلكل واحد منهما الخيار وقوله هو الصحيح احترازا عما روى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة
انه لا يثبت الخيار لليتيمة اذا زوجها القاضي لان له الولاية في المال والنفس فكان في قوة ولاية الاب والجد
ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب بقوله لقصور الراي في احدهما يعني الام ونقصان الشفقة في الاخر
يعني القاضي الا ترى ان ولاية القاضي متاخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت لهم الخيار في تزويجهما
ففي تزويج القاضي اولى وقوله ويشترط فيه اي في فسخ النكاح بخيار البلوغ القضاء لان الفسخ هنا
لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة المزوج ولهذا اي لتمكن الخلل يشمل الفسخ الذكر والانثى
لان قصور الشفقة كما هو في حق الجارية يمكن كذلك في حق الغلام واذا كان الضرر خفيا لا يطلع عليه لان فرض
المسئلة فيما اذا كان الزوج كفوا والمهر تاما فربما تمكنت بنكرة الزوج فيحتاج الى القضاء للالزام واما خيار العتق
فلدفع ضرر ظاهر جلي وهو زيادة الملك عليها فان الزوج تحتها كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرءين
ثم ازداد ذلك بالعتق وهو امر جلي ليس للانكار فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام لكن لها ان تدفع ذلك عن نفسها
وذلك مع بقاء اصل النكاح غير ممكن لانه بعد العتق يستلزمها وجود الملزوم بدون وجود اللازم لا لازم فكان
لها ان تدفع اصل الملك في ضمن ما لها من دفع الزيادة واعترض بان دفع ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتا من حق
الزوج المستتبع للزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الاصول واجيب بان هذا ليس
بجعل التابع متبوعا وانما هو من باب التزام الضرر المرضي فان الزوج حين تزوج الامة كان عالما بخيار العتق التزم
الضرر الذي يحصل به والضرر المرضي غير ضاير بخلاف الامة فانها لم ترض بما يزيد عليها من الملك لعدم اختيارها عند العتق
في

في النكاح فلو لم يكن ضررها مرضيا فكان ضايرا واذا اجتمع الضرر الضاير يرفع الضاير دون غيره وقوله ثم
عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد خصهما بالذكر لان مذهب ابي يوسف لا يرد ههنا لانه لا يرى خيار البلوغ وان كان المزوج
غير الاب والجد وحاصل ما ذكر ههنا امور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة الاول ان خيار البلوغ
في الفرقة يحتاج الى القضاء دون خيار العتق والثاني ان خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت
للجارية فقط وقد ذكرناهما والثالث ان الصغيرة اذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت
عالمة بان لها الخيار او لم تكن اما اذا كانت عالمة فظاهر واما اذا لم تكن عالمة فلانها لا تعذر بالجهل بالخيار لانها تتفرغ
لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت فانها على خيارها لانها لا تتمكن
من التصرف الابه والولي ينفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل والمعتقة فانها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة
بالعتق او بثبوت الخيار لها اما الاول فلان المولى ينفرد به واما الثاني فلان الامة لا تتفرغ لها بخدمة لا تتفرغ
لمعرفة احكام الشرع فكانت معذورة وقوله ثم خيار البكر تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والانثى
وتقريره ان من له خيار البلوغ اذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم به
انه رضي فان كان جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وان كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت لمعنى
لهذه الحالة بحال ابتداء النكاح فان الصغيرة البكر اذا ادركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد
كان سكوتها رضى فكذلك اذا كان لها الخيار فادركت وسكتت كان سكوتها رضى فيبطل خيارها والغلام
والجارية الثيب اذا استؤمرا عند عقد النكاح لم يكن سكوتها رضا بل لا بد من ذلك وقوله وخيار البلوغ
تفريع اخر على خيار البلوغ ويتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق
وتقريره خيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى اخر المجلس يعني مجلس بلوغها بان رات الدم وقد كان بلغها خبر
النكاح فسكتت او مجلس بلوغ الخبر بالنكاح بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعا واما خيار الثيب والغلام
فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد الى اخر المجلس وقوله لانه ما ثبت دليل عدم البطلان في حق الثيب
خاصة وتقريره خيار بلوغها لم يثبت باثبات الزوج وهو ظاهر وما لم يثبت باثبات الزوج لا يقتصر على المجلس
فان التفويض هو المقتصر على المجلس على ما سيجيء وقوله بل لتوهم الخلل دليل يشمل البكر والغلام وتقريره
خيار البلوغ ثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه فان الشيء لا يثبت مع منافيه غير ان سكوت البكر رضا
دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره الى اخر المجلس فانظر الى هذا الادراج في ضمن
الايجاز الذي هو قريب الى حد الاعجاز جزاه الله عن المحصلين خيرا وقوله بخلاف خيار العتق للفرق بينه وبين
خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره خيار العتق ثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لو لم يعتق لما ثبت لها الخيار
وكل خيار ثبت باثبات غيره اقتصر على المجلس كما في خيار المخيرة فيكون دليل الاعراض وبيان تضمن هذا الوجه للوجه الخامس
انه اشار الى ذلك بقوله غير ان سكوت البكر رضا والرضا يسقط خيار البلوغ وخيار الاعتاق انما يعتبر فيه المجلس
ويبطل بالاعراض والسكوت ليس باعراض وهو خفي جدا وقوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق يعني سواء كان
قبل الدخول او بعده لانه يصح من الانثى ولا طلاق عليها والفايدة تظهر في شيئين احدهما انه لو وقعت قبل الدخول
لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب والثاني انهما لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلاث تطليقات وكذا خيار العتق
لما بينا انه يصح من الانثى وقوله بخلاف خيار المخيرة ظاهر الى اخر المسئلة قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا
مجنون الولاية المتعدية فرع الولاية القايمة فمن لا ولاية له على نفسه فالاولى ان لا يكون له ولاية على غيره ولان
هذه الولاية نظرية فلا نظر في التفويض الى هولاء اما الصبي والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفوء واما العبد فكذلك
لاشتغاله بخدمة المولى ولا ولاية لكافر على مسلمة يعني الولاية الشرعية ولا معتبر بالاجنبية قال ولغير
العصبات من الاقارب يعني كالاخوال والخالات والعمات ولاية التزويج عند عدم العصبات اي عصبة كانت سواء
كانت عصبة تحل النكاح بينه وبين المراة كابن العم او لم يحل كالعم ومولى العتاقة وعصبته من العصبات ثم عند ابي
حنيفة بعد العصبات الام ثم ذووا الارحام الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن
الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغار
والصغاير في عهده منشوره واما اذا لم يشترط فلا ولاية له وقال محمد لا ولاية لغير العصبات وقول ابي يوسف مضطرب
ذكره مع ابي حنيفة في كتاب النكاح ومع محمد في كتاب الولاء وقوله لهما ما روينا يريد به قوله عليه السلام الانكاح الى
العصبات عرف الانكاح باللام وهي لغير معهود فكان معناه هذا الجنس يفوض الى هذا الجنس فلا يكون لغيره فيه مدخل ولان
الولاية لصيانة القرابة من غير الكفو والصيانة الى العصبات ولابي حنيفة ان هذه الولاية نظرية والنظر يتحقق
بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز اجيب

بوجهين احدهما ان معنى قوله الانكاح الى العصبات اذا وجدت العصبات والثاني ان الولايه تثبت لغيرهم بطريق
الدلاله باعتبار الشفقه وكمال الراي والقول بتوريث ذوي الارحام مع القول بولايه الانكاح غير مستحق لاطلاق
قوله تعالي واولوا الارحام بعضهم اولي ببعض ولكون التوريث مبنيا لتملك الولايه وقوله واذا عدم الاوليا
معنى على الوجه المذكور فالولايه الى الامام الحاكم بقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي لها فاما الحاكم وهو
القاضي فانما يملك النكاح اذا كان ذلك في عهدة منشوره كذا في فتاوي قاضي خان وقوله واذا غاب الولي
الاقرب يعني كالاب غيبه منقطعه جاز لمن هو ابعد منه كالجد ان يزوج وقال ليس له ذلك وقال الشافعي يزوج
السلطان لزفر ان ولايه الاقرب قايمه لانها تثبت حقا له صيانه للقرابه ثم شبهه لنفي بتغير الكفو والحق الغايب
لشخص لا يبطل لغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالاتفاق واذا كان ولايه الاقرب في غيبته قايمه لا يكون للا
بعد ولايه ولنا ان هذه ولايه نظريه وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برايه وكلمات المتقدمين ظاهرة
ففوضناه اي النظر الي الابعد وقوله وهو مقدم على السلطان اشارة الي جواب الشافعي كما اذا مات الاقرب
فان الولايه لم ينتقل الى السلطان بموت الاقرب وكذا بغيبته وقوله ولو زوجها حيث هو فيه جواب عن قول
زفر ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالمنع يعني لا نسلم جوازه وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابه وقرب التدبير
وللاقرب عكسه فنزلا منزله وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد يعني اذا حضر الاقرب وقد زوج الابعد لا يرد
النكاح ثم قدر الغيبه المنقطعه وهو ظاهر وقوله وهو اختيار بعض المتاخرين ومنهم القاضي الامام علي السغدي
والقاضي الامام ابو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وابو عصمة سعد بن معاذ المروزي
وقوله لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ يعني لعدم الانتفاع به وقال الامام قاضي خان في الجامع الصغير
حتى لو كان مختفيا في البلده لا يوقف عليه يكون غيبه منقطعه وقوله لانه اوفر شفقة من الابن بدليل ان
ولايه الاب تعم النفس والمال والابن ليس له الولايه في المال ولهما ان الابن مقدم في العصوبه الا ترى ان الاب معه
يستحق السدس بالفرضيه وقوله ولا معتبر بزيادة الشفقة جواب محمد رحمه الله لما كانت الكفاءه معتبرة على
ما تقدم ان عدمها يمنع الجواز اذ مكن الاولياء من الفسخ احتاج الى ان يذكره في فصل على حدة الكفاءه بالفتح مصدر والاسم
منه الكفو وهو النظير من كفاه اذا ساواه وهي معتبرة في النكاح قال صلى الله عليه وسلم الا لا يزوج النساء الا
الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء رواه جابر ولان انتظام المصالح بين المتكافيين لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة
للخسيس فلا بد ان من اعتبارها من جانبه بخلاف جانبها لانه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش واذا
زوجت المراة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا للضرر العارض عن انفسهم يعني ما لم يلد منه كما تقدم
فان قيل الحديث يدل على عدم الجواز فمعنى القول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له قلت جاز ان يكون
بها وهو بعض المشروعيه عندنا ثم الكفاءة تعتبر في خمسة اشيا في النسب والحريه والدين والمال والصنايع
اما النسب فلانه يقع به التفاخر فكان سفيان الثوري يقول لا تعتبر الكفاءة فيه لان الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وقد تايد ذلك بقوله
تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن لبطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض
قبيله بقبيله والموالي بعضهم اكفاء لبعض والعرب اكفاء بعضها لبعض ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما
قلنا رويناه يعني من قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض قابل البعض بالبعض من غير اعتبار الفضيله
بين قبايلهم الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنتيه عثمان رضي الله عنه وكان من بني عبد شمس وانما قال في الموالي
رجل برجل اشارة الى ان النسب لا يعتبر فيهم قال لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر فيهم بالنسب بل بالدين
كما اشار اليه سلمان حين افتخرت الصحابه بالاباء وانتهى الامر اليه اي الاسلام لا اب لي سواه وقوله وعن
محمد الا ان يكون يعني قال محمد لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل
بيت الخلافه فحينئذ يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قرشيه من اولاد الخلفا قرشيا ليس من اولادهم كان للاولياء حق
الرد قال المصنف رحمه الله كانه يعني محمدا قاله ذلك تعظيما للخلافه وتسكينا للفتنة لا لانعدام اصل الكفاءه وقوله
وبنو باهله قبيله من قيس غيلان وهو في الاصل اسم امراة من همدان كانت تحت معن بن اعصر بن سعد بن غيلان
ولدها والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى والواحد عربي والاعرابي واحد الاعراب وهم اهل البدو وبنو
باهله ليس باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسه لانهم كانوا ياكلون بقية الطعام مرة ثانيه ولانهم كانوا يطبخون
عظام الميتة وياخذون الدسومات منها قال قايلهم ولا ينفع الاصل من هاشم اذا كانت النفس من باهله وقوله
اما الموالي فظاهر وقوله كما هو مذهبه في التعريف اي في تعريف الشخص في الشهادة فان الشهود اذا ذكروا اسم الغايب
واسم ابيه يحصل به التعريف عند ابي يوسف ولا حاجة الى ذكر الجد وعندهما لا بد من ذكر الجد وقوله ومن اسلم بنفسه
لا يكون

لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام نقل في النهايه عن الامام المحبوبي بان هذا في الموالي واما في العرب فان من لا اب له
في الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفو لمن له ابا في الاسلام لان العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفوا للنسب اذ
اذا كانا مسلمين واما العجم فقد ضيعوا انسابهم ومفاخرتهم بالاسلام فمن كان له اب في الاسلام يفتخر على من لا اب له فيه ولا يعده
كفا له والكفاءة في الحريه نظيرها اي نظير الكفاءة في الاسلام في جميع ما ذكرنا من الوفاق والخلاف فان العبد لا يكون كفوا لمن هي
حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفوا لها والمعتق ابوه لا يكون كفوا لمن لها ابوان في الحريه لان الرق اثر الكفر وفيه
معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة نسبه وروي عن ابي يوسف ان الذي اسلم بنفسه او اعتق اذا احرز من الفضايل ما يقابل
نسب الاخر كان كفوا له قال ويعتبر ايضا في الدين اي في الديانه وهي التقوى والصلاح والحسب وهي مكارم الا
خلاق وانما فسر الدين بالديانه لانه مطلق الدين الاسلام ولا كلام فيه لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة انما الكلا
في حق الاعتراض للاوليا بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون الا في الدين بمعنى الديانه وهذا اي اعتبار الكفاءة والديانه
قول ابي حنيفه وابو يوسف لانه اي الدين بمعنى الديانه من اعلى المفاخرة والمراة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة
النسب فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانه اولي بالاعتبار وقوله وابو يوسف معه هو الصحيح اي قرن قول ابي
يوسف مع ابي حنيفه حتى تكون الكفاءة في الدين قولهما جميعا هو الصحيح واحترز بذلك عن روايه اخرى عن ابي يوسف
انه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال اذا كان الفاسق في العدوة يكون كفوا وقالوا في شروح الجامع الصغير ارادوا
به اعوان السلطان اذا كانوا بحيث يكون لهم مهابه عند الناس وقال محمد لا يعتبر الكفاءة في الديانه لانه من امور الاخرة
فلا ينبني عليه احكام الدنيا الا اذا كان يصفع اي يضرب على قفاه بعرض الكف ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران
فيلعب به الصبيان فانه حينيذ لا يكون كفوا لامراة صالحة من اهل البيوتات قيل وعليه الفتوى لانه مستخف به اي بذلك
الصنع ويعتبر الكفاءة في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقه وهذا هو المعتبر في ظاهر الروايه عن علمائنا حتى ان
من لم يملكهما او يملك احدهما لا يكون كفوا اما المهر فلانه بدل البضع فلا بد من ايفايه واما النفقة فلان قوام الازدواج
ودوامه بها والمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراه موجل عرفا ليس يطالب به فلا يسقط الكفاءة وقوله وعن
ابي يوسف هو غير ظاهر الروايه روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف انه قال الكفو هو الذي يقدر على المهر والنفقة
قلت فان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفو قلت فان ملك النفقه دون المهر قال يكون
كفوا قال الصدر الشهيد في تعليله لان المهر يجري فيه التساهل والتاجيل ويعد قادرا على المهر بيسار ابيه وامه وجده
وجدته ولا يعد قادرا على النفقه بيسار الاب لان الاباء في العادات يتحملون المهور عن الاولاد دون النفقة
الدارة وقوله فاما الكفاءة في الغنا فيعتبر ظاهر وقوله عن ابي حنيفه في ذلك روايتان فاي روايه لا يعتبر
وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفوا للعطار وفي روايه قال الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحايك
والحجام وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يتفحش كالحجام والحايك والدباغ وجه الروايتين ما ذكر في الكتاب وهو واضح
قال واذا تزوجت ونقصت عن مهر مثلها فللاوليا الاعتراض عليها عند ابي حنيفه حتى يتم مهر مثلها او
يفارقها وقالا ليس لهم ذلك قال المصنف وهذا الوضع اي وضع القدوري هذه المساله على هذا الوجه انما يصح
على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه فانه لو لم يصح
نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض واقول هذا انما يستقيم ان لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك
فانه لو اذن لها الولي بالزواج ولم يسم مهرا فعقدت وعلى هذا الوجه صح وضع المسله على قول محمد الاول وكذلك لو اكره
السلطان امراة ووليها على ان يزوجها بمهر قليل ففعل ثم زال الاكراه ورضيت المراة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد
الاول فلم يتعين في هذا الوضع دلاله على رجوع محمد الي قولهما والوجه في الاول على ما ذكر في الكتاب واضح وقوله
فاشبه الكفاءه تعليل في نفي الاوليا بكل واحد منهما واعترض بان الشرع قد ندبنا اي رخص الصداق دون الكفاءة
ولذلك النبي لم يضع بناته في غير الاكفاء وزوجهن بدون الصداق فانه ما زاد على اربع اواق ونش اي نصف
اوقية ومهور من كانت فوقهن تهور بنايد النساء لان الزيادة بقدر الشرف ولم يزل الشرف كان بقول شي فلا مناسبه
بينهما والجواب ان وجه التشبيه ما ذكرناه من تعيير الاوليا وهو وصف موثر في الباب واما ان لا يكون بين المشبه والمشبه
به فرق بوجه من الوجوه فلم يشترطه احد من ذوي التحصيل وقوله بخلاف الابرا بعد التسميه جواب عن قولهما كما بعد
التسميه وذلك لان الاولياء لا يتعلقون باستيفا المهر عادة وربما بعد وبه ضرب من اللوم في العادات وقوله
واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ظاهر وقوله ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد بانه ان هذا الكلام وهو قوله
وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه بظاهره يدل على ان العقد صحيح والزيادة والنقصان
لا يجوز لان الحط من قبل التسميه وفسادها لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها اصلا او زوجها على خمر او خنزير وهو قول
بعض مشايخنا وقال اخرون معناه ان نفس النكاح لا يجوز وهو مختار شمس الايمه السرخسي وفخر الاسلام والمصنف

لان الولاية مقيدة بشرط النظر ولا نظر فيها اذ احط عن مهرها او زاد على مهره فيكون العقد باطلا كما اذا باع الاب باقل من القيمة بغبن فاحش او اشترى باكثر منها ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الحكم يدور على دليل النظر بتقديره النظر والضرر في هذا العقد باطنا لكن النظر دليل يدل عليه وهو قرب القرابة الداعية اليه وهو موجود ههنا فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه وانما قلنا بان النظر والضرر في هذا العقد باطنان لان المقصود منه ليس حصول المال اليه بل فيه مقاصد تربوا على المال بما من الكمالات المطلوبة في الاختان والعوانس فيجوز ان يكون نظر الاب في الحط والزيادة الى ذلك ويجوز ان لا يكون فكان النظر والضرر باطنين فادير الحكم على الدليل بخلاف البيع فان المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فلم يكن فيها لما سوى ذلك بحيث يجبر به خلل الغبن الفاحش حتى يتردد بين النظر والضرر واما في الاب فالدليل الدال على النظر معدوم وقوله من زوج ابنته ظاهر وكلامه ظاهر لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه ناسب ان يذكرها في باب الاولياء في فصل على حدة وقوله وغيرها يعني غير الوكالة كنكاح الفضولي وقوله ويجوز لابن العم صورته وتخريج المذاهب فيه ظاهر وقد جمع بين دليل زفر والشافعي لان شرط الكمال معنى وهو ان الواحد لا يكون مملكا ومتملكا لشيء واحد في زمان واحد واستثنى لنا في الولي لان مذهبه فيه لمذهب علمائنا الثلاثة وتمام الضرورة ثم ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر وكل ما هو كذلك لا يمتنع ان يكون مملكا ومتملكا لانه لا ينافي في التعبير بان يقول تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا او انه اي التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهي لا ترجع اليه لانه سفير لا مباشر بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه فان تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين اي شطري الايجاب والقبول وقوله وتزويج العبد والامة ظاهر وقوله وله مجيز اي قابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا اخر او وكيلا او اصيلا وقوله العقد وضع لحكمه بناء على ان المقاصد الاصلية هو الحكم والاسباب والعلل وسائل اليه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم والايجاز للناس تمليك اموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى واذا لم يكن قادرا كان كلامه لغوا ولنا انه ركن التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت صدر من اهله وهو الحر العاقل البالغ مضافا الى محله وهو الانثى من بنات ادم وليست من المحرمات ولا ضرر في انعقاده لكونه غير لازم موقوفا على الاجازة فينعقد موقوفا فان رأى فيه مصلحة نفذه والا ابطله وقوله وقد يتراخى حكم العقد جواب عن قوله لان العقد وضع لحكمه وتقديره القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم ينعدم بل تاخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه متراخ الى سقوط الخيار وقوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة ظاهر والفرق بين المسئلتين ان الاولى لا مجيز لها فلا تتوقف والثانية لها مجيز فتتوقف لما تقدم ان شرط التوقف وجود المجيز وقوله وهذا اي مجموع ما ذكر قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها فبلغه يعني بغير مجيز فاجازه جاز وقوله وحاصل ذلك قال الامام المحبوبي ان ههنا ست مسائل ثلاث منها تتوقف على الاجازة بلا خلاف احدها ان الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان وقبل عنه فضولي اخر او قال الرجل زوجت فلانة وهي غايبة فاجابه فضولي وقال زوجتها منك او قالت المراة زوجت نفسي من فلان الغايب وقبل عن فلان فضولي توقف العقد على الاجازة في هذه الفصول الثلاثة بالاتفاق لانه عقد جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الاجازة وفي ثلاث منها اختلاف احدها ما ذكر اولا وهو قوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة والثانية ان تقول المراة زوجت نفسي من فلان وفلان غايب ولم يقبل عنه والثالثة ان يقول الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غايبان ولم يقبل احد فعلى قولهما لا يتوقف العقد على اجازة الغايب وهو قول ابي يوسف اولا وعلى قوله اخرا وهو يقول في الفضولي من الجانبين لو كان مامورا من الجانبين نفذ فان كان فضوليا توقف لان كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن ابتداء فكذا باعتبار الاجازة انتهاء لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والاعتاق على مال فان الزوج اذا قال خالعت امراتي على كذا وهي غايبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق وكذلك الطلاق والاعتاق على مال والجامع احتياج الكل الى الايجاب والقبول ولهما ان الايجاب شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة حتى ملك الرجوع قبل قبول الاخر ويبطل بالقيام قبل قبول الاخر ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك فكذا عند الغيبة لان الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين فيصير كلامين وما جرى بين الفضوليين عقد تام لوجود الايجاب والقبول فيتوقف ولذا الخلع واخواته اي الطلاق على مال والاعتاق عليه لانه تصرف يمين من جانبه ولهذا كان لازما لا يحتمل الرجوع واليمين يتم بالحالف فكان عقدا تاما واما قال من جانبه لان الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجي وقوله ومن امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه اثنتين لا يخلو اما ان يكون التوكيل بامراة معينة او غيرها والثاني مسئلة الكتاب وهو على ما ذكره واضح وكان ابو يوسف يقول اولا يصح نكاح احديهما بغير عينها والبيان الى الزوج لان المامور امتثل امره في

احديهما ولا يبعد ان يكون احديهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق احدى امراتيه ثلاثا بغير عينها كما قال شمس الائمة السرخسي وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشروط دون النكاح وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق وفي الاول وهو ان امره ان يزوجه فلانة فزوجها واخرى معها في عقد واحد جاز نكاح فلانة للامر به وتوقف نكاح الاخرى على الاجازة لانه فضولي فيها وقوله ومن امر امير فقيده بالامير وحكم غيره كذلك قال الامام المحبوبي وعلى هذا الخلاف اذا لم يكن اميرا فزوجه الوكيل امة او زوجه عميا او مقطوعة اليدين او رتقا او مفلوجة او مجنونة اما اتفاقا واما قيل قيده بذلك لظهور الكفاءة لانه من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما وقيد بقوله امة لغيره لانه لو زوجه امة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة واشار اليه في الدليل بقوله وعدم التهمة واما الطلاق اللفظ فان لفظ امراة مطلق يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امراة تقع على الحرة والامة جميعا وقوله وهو التزوج بالاكفاء قال الكفاءة في جانب ... ودلت المسئلة على ان الكفاءة تعتبر في جانب الرجال ايضا عندهما وكذا ذكره في الاصل قلنا العرف مشترك لعلي كما هو مستعمل فيما قلت مستعمل فيما قلنا فان الاشراف كما يتزوجون الكرائم يتزوجون الاماء للتسهيل او هو عرف عملي اي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ وبيانه ان العرف على نوعين لفظي نحو الدابة مقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالابل وعملي اي العرف من حيث العمل اي من حيث ان عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وامثاله فلا يصلح مقيدا الا طلاق اللفظ لان الطلاق اللفظ تصرف لفظي والتقييد تقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يرد ان عليه وقوله وذكر يعني محمد في وكالة الاصل اشارة الى ما ذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما في الوكالة لما ذكره في الكتاب وهو واضح لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لانه حكمه فان المهر التزويج بالعقد فكان حكما له والمهر هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع اما بالتسمية او بالعقد وله اسامي المهر والصداق والنحلة والاجر والفريضة والعقر والاحاف لاحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر قال الله تعالى فانكحوهن النكاح لغة لا ينبئ الا عن الانضمام والازدواج فيهما لما كحين فلو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص فان قيل المهر واجب شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه اجاب بقوله ثم المهر واجب شرعا يعني ان وجوبه ليس لصحة النكاح وانما هو لابانة شرف المحل فلا يحتاج الى ذكره فان قيل هذا دعوى فلا بد له من دليل قلت دل عليه قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومنفوضين حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا في النكاح الصحيح فعلم ان ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا ان النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين وقوله وفيه اي فيما اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها خلاف مالك يعني انه لا يجوزه قال انه عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر فيفسد بشرط نفي عوضه كالبيع بشرط ان لا ثمن ويحتاج الى الفرق بين ترك التسمية وشرط ان لا يكون مهرا اذ القياس على البيع يقتضي شمول العدم وفرق بينهما بحديث ابن مسعود في المتعة كما سيجي ولنا دلالة حديث ابن مسعود على جواز ان نفي المهر لدلالته على جواز ترك ذكره لان ما يكون عوضا يشترط ذكره في العقد لا يختلف الحال بين ذكره او نفيه كالبيع واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتذال بمجانا فيكون التقدير اليها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ولا مهر اقل من عشرة انما ذكره بالواو لكونه معطوفا على ما قبله في الحديث وهو ما روى جابر ان النبي عليه السلام قال الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفي حديث ابن عمر ان النبي عليه السلام قال لا قطع في اقل من عشرة دراهم ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفيه بحث من اوجه الاول انه خبر واحد ولا يجوز تقييد اطلاق قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم به لانه نسخ الثاني معارض بقوله عليه السلام لما روي ان عبد الرحمن بن عوف جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وبه اثر صفرة فاخبره انه تزوج فقال عليه السلام كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال عليه السلام اولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلاثة دراهم وثلث وبما روي ان امراة قامت وقالت وهبت نفسي لك يا رسول الله فقال عليه السلام لا حاجة لنا اليوم بالنساء فقال رجل لي حاجة زوجنيها يا رسول الله فقال عليه السلام هل عندك شيء تصدقها فقال ما عندي الا ازاري فقال عليه السلام لا فالتمس شيئا ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال عليه السلام هل معك شيء من القران قال نعم سورة كذا وكذا فقال عليه السلام زوجتكها بما معك من القران الثالث ان هذا الحديث متروك العمل في حق الاولياء فيكون في حق المهر كذلك لانه ان كان صحيحا وجب العمل به على الاطلاق وان لم يكن صحيحا وجب ترك العمل به كذلك فاما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض والجواب عن الاول ان التقييد ثبت باشارة قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم لان الفرض بمعنى التقدير فكان المراد باموالكم في قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم مالا مقدرا او بين الحديث مقداره وهو الان كل مال اوجبه الشرع نوليا بيان مقداره كالزكاة والكفارات وغيرها فكذلك المهر وعن الثاني بان الاحاديث تدل على ما تعجل بالسوق اليها اما في حديث عبد الرحمن فلانه صرح به واما في الحديث الاخر فلانه امر ذلك

والكلام في هذا الشرط في مواضع في بيان ان المهر هل هو من جواز النكاح ام لا وفي بيان ادنى المقدار الذي يصلح مهرا وفي بيان ما يصح تسميته مهرا وما لا يصح وفي بيان حكم صحت التسمية وفسادها وفي بيان الحكم وبيان وقت وجوب ما يتعلق بذلك من الاحكام وفي بيان ما يتاكد به المهر وفي بيان ما يستقط به النصف وفي بيان حكم اختلاف الزوجين في المهر بدايع

تركه

الوجل بالناس وذلك غير مقدر عندنا وليس كلامنا فيه وان كلامنا في الذي ثبت في الزمد وعن الثالث ما ذكرنا ان
عايشة ذكرت عملت بخلافه ولولم يعرف نسخه ما فعلت ذلك فقام دليل النسخ في الاوليا دون غيرها ولا يلزم من ترك العمل
بالذي قام عليه دليل النسخ تركه بما لم يقم ولا التحكم وقوله ولانه حق الشرع اي المهر حق الشرع من حيث وجوبه علا بقوله
تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم على ما عرف في الاصول وكان ذلك لاظهار شرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة
استدلالا لانه يتلف به عضو محترم فلا يتلف به منافع بضع كان اوليا ولو سمي اقل من عشرة فلها العشرة عندنا
وقال زفر مهر المثل لان تسمية ما لا يصح مهرا كانعدامه كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس ووجه الاستحسان ان تعالى
هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة اما باعتبار ان العشرة في كونها صداقا لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى
كذكل كله كما لو اضاف النكاح الى نصفها صح في جميعها وامانها وهو ما زاد على العشرة فقد رضيت بسقوطه لان الرضا
بما دون العشرة رضي بالعشرة واما باعتبار انها برضاها بما دون العشرة اسقطت حقها وحق الشرع على ما قررناه مما كان
حقها فقد سقط لولايتها على نفسها وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه وقوله ولا معتبر بعدم التسمية جواب
عن قوله كانعدامه يعني ليس هذا القياس صحيحا لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير فلا
يكون عدم التسمية دليلا على الرضا بالعشرة فلذلك لم يجب العشرة وانما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة فانه
رضا بها لا محالة ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهم ووجبت المتعة عنده كما اذا لم يسم شيئا قال ومن سمى
مهرا عشرة اعلم ان المهر بعد وجوبه بالتسمية او بنفس العقد يتقرر باحد الامرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة
وبالموت اما الدخول فلانه يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع وبه اي بتسليم المبدل يتاكد تسليم البدل وهو المهر كما
في تسليم المبيع في باب البيع يتاكد به وجوب تسليم الثمن فان وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متاكدا لكونه على عرضية ان
يهلك المبيع في يد البايع وينفسخ العقد وبتسليمه يتاكد وجوب الثمن على المشتري وكذلك وجوب المهر كان على عرضية
يسقط بتقبيل ابن الزوج والارتداد والعياذ بالله وبالدخول تاكد واما الموت فلان النكاح ينتهي به بانتهاء حيث لم يبق
قابلا للرفع والشي بانتهايه يتقرر ويتاكد فيجب ان يتقرر بجميع مواجبه الممكن تقريرها لوجوب المقتضي وانتفا المانع
كالارث والعدة والمهر والنسب وقلنا مواجبه الممكن تقريرها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعد انقضا العدة فان النفقة
لا تجب بعد الموت ويحل لها التزوج بعد انقضايها ولم يحل وقت النكاح واما الذي يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة
ويعلم حكمه من قوله وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد
فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به وقوله والاقيسة متعارضة جواب عما يقال
ينبغي ان يسقط الكل لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها فيجب ان يسقط كل البدل كما اذا تتابعا
تقايلا ووجهه ان الاقيسة متعارضة قياس تقتضي ذلك كما ذكرت وقياس اخر يقتضي وجوب كل المهر لانه قد فوت ما ملكه باختيار
وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري اذا اهلك المبيع قبل القبض واذا تعارض القياسان وجب المصير الى النص وفيه
بحث من اوجه الاول ان القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلا عن الاقيسة والثاني ان التعارض اذا ثبت بين الحجتين
كان المصير الى ما بعدهما لا الى ما قبلهما والثالث ان القياسين لا يتعارضان ولو ثبت التعارض صورة لم يتساقطا بل يعمل المجتهد
بايهما شا واجيب عن الاول بان ذكر معارضة القياسين ههنا ليس لاثبات الحكم بهما او باحدهما بل لبيان ان العمل بهما غير ممكن
لتعارضهما ولنفي كل منهما النص فصار كانه قال فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع الى القياس والمعقول
فانا لو خلينا ومجرد القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وان لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر الى النص لزم ترك احد
القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص فلهذا اخرج الجواب عن السوالين الاخرين فانه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها بل هو
قول على سبيل الفرض والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض هذا احسن ما وجدته في الاعتذار في هذا البحث وهو كما ترى
وقوله وشرط ان يكون قبل الخلوة قد ظهر معناه مما تقدم وقوله وان تزوجها ولم يسم لها مهرا المفوضة والتي شرط
في نكاحها ان لا مهر لها وهو مهر المثل ان دخل بها الزوج او مات عنها وكذا اذا ماتت وقال الشافعي لا يجب شي في الموت واكثر
اصحابه على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فيتمكن من نفيه ابتدا كما يتمكن من اسقاطه انتها ولنا ان المهر وجوبا
حق الشرع كما مر وانما يصير حقها حالة البقا فيملك الابرا دون النفي لان الاصل ان يلاقي التصرف بما يملكه دون ما لا يملكه
ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ووجه الاستدلال لان
الله تعالى قال لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن والفريضة هي المهر اي لا جناح
عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس وفرض الفريضة وامر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب وقال حقا
وذلك تقتضيه ايضا وذكر كلمة على بعده المتعة واجبة عندنا رجوعا الى الحسن وغيره وفيه خلاف مالك فانها عنده مستحبة
في جميع الصور لان الله تعالى جعلها احسانا بقوله تعالى حقا على المحسنين واجيب بان ذلك مصروف الى التي لها مهر او نصف
مهر ليلا تعارض الامر وفيه نظر لان متاعا مصدر موكد لقوله متعوهن والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف يصرف الى

علي زوج
المستحب والاولى ان يقال وكلمة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ومتاعا وحقا وكلمة على في قوله على المحسنين كلها يقتضي الوجوب
وتاكيده فاما ان يبطل ذلك كله لاجل لفظ الاحسان او تاوله لا بل نعدل عن التاويل فتاول بان معناه على المحسنين الذين
يقيمون الواجب ويزيدون على ذلك احسانا منهم والله اعلم والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها درع وخمار وملحفة فان
كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القز وان كانت من مرتفعة الحال فمن الابريسم وهذا التقدير اي
تقدير العدد مروي عن عايشة وابن عباس وذلك لان المراة تصلي في ثلاثة اثواب وتخرج فيها عادة فيكون متعتها ذلك
وقوله لغيابها مقام مهر المثل قال في النهاية كان من حقه ان يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لان المهر التام لم يجب في
صورة من الصور اذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده الحاق المتعة بنصف مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر الى تمام
مهر المثل او نصفه وفي مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه وقوله والصحيح انه يعتبر حاله اي الفقير المقل
وهو اختيار ابي بكر الرازي عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره اي على الغني بقدر حاله وعلى المقتر اي الفقير
المقل بقدر حاله ثم المتعة اما ان تكون زايدة عن مهر المثل او لا فان كانت زايدة فلها مهر نصف المثل لان مهر المثل هو
العوض الاصلي ولكن تعذر تنصيفه بجهالته فيصار الى خلفه وهو المتعة فلا يزاد على نصف مهر المثل وان لم يكن فاما
ان يكون مساوية له او لا فان كانت مساوية فلها المتعة اتباعا للنص وان لم يكن فاما ان يكون اقل من خمسة دراهم او لا
فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل والمتعة خلف ولا مهر اقل من عشرة دراهم فلا متعة اقل من خمسة وان لم يكن فلها
المتعة بالنص فان قيل نص المتعة مطلق عن هذه التقاسيم التفاصيل ففيها تقييد له وهو نسخ فالجواب ان قوله
تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم دل على ان المهر مقدر شرعا والايجاب بالتسمية في مهور فيعتبر بمهر المثل بيانه
المقدر المجمل ولذلك قوله عليه السلام ولا مهر اقل من عشرة دراهم فكان معارضا لاية المتعة والتفصيل على الوجه المذكور توفيق
بينهما فتامل ان كان العقد اعدل الاصولية على ذكر منك وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فهي لها ان دخل بها
او مات عنها بالاتفاق وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول
الشافعي لانه مفروض فيتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا ان تعيين الواجب بالعقد
وهو مهر المثل اذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه اذا دخل بها مهر المثل والمفروض جميعا اما مهر المثل فلانه الواجب بهذا العقد
ابتدا لعدم التسمية واما المفروض فبحكم التسمية فكان كما اذا سمى لها مهرا ثم زاد لها شيا فانها تملكها لانه على تقدير كل
الدخول والموت لكن لسقط مهر المثل ويلزمه المفروض فكان تعيينا له ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد
بما تلى يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم الفرض في العقد لانه هو المتعارف وقوله وان زادها في المهر بعد العقد
لزمته الزيادة خلافا لزفر فانه يقول الزيادة هبة مبتداة لا تلتحق باصل العقد ان قبضت ملكت والا فلا وقد عد المصنف
ان يذكره في زيادة الثمن والمثمن وتحن نتبعه في ذلك وقوله لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد
يعني بناء على ما ذكرنا انه ينصرف الى المتعارف وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه عملا بظاهر قوله فنصف ما فرضتم
من غير فصل وقوله على ما مر يعني في المسالة المتقدمة قال واذا خلا الزوج بامراته هذا بيان ان الخلوة الصحيحة
بمنزلة الدخول في حق لزوم كمال المهر وغيره عندنا خلافا للشافعي فانه يقول لها نصف المهر لان المعقود عليه وهو منافع
البضع انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتاكد المهر دونه لان التاكيد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمها بالوطي ولم يوجد ولنا
انها سلمت وتعذرت ان الواجب لا يكون الا المقدور والمقدور للمراة تسليم المبدل بدفع الموانع وقد وجد منها ذلك فيتاكد
حقها في البدل كما في المبيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري واما ما ذكر ان المعقود
عليه انما يصير مستوفى بالوطي فكل ذلك مسلم وليس في قدرة المراة ذلك فلا يكون مكلفة بذلك وقوله وان كان احدهما
مريضا بيان لما يكون مانعا من الخلوة حسا كان او شرعا وقوله وقيل مرضه حاصله ان المرض في جانبها متنوع بلا خلاف
واما المرض في جانبه فقد قيل انه ايضا متنوع وقيل انه غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع انواعه
في ذلك على السوا قال الصدر الشهيد هو الصحيح ووجهه ما قال المصنف مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وقوله
وان كان احدهما صايما تطوعا فلها المهر كله فلانه يباح له الافطار اعترض عليه بانه ينبغي ان لا يلزمه كل المهر لانه يلزمه
القضا على تقدير الافساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما في قضا رمضان واجيب بان لزوم القضا في التطوع عندنا
لضرورة صيانة المودى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يعود الى افساد الخلوة بخلاف قضا
رمضان فان لزوم قضايه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان اثره عاما وقوله وهذا القول في المهر هو الصحيح
اي الاخذ برواية المنتقى في حق كمال المهر دفعا للضرر عنها هو الصحيح واما في حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية
المنتقى وهو انه لا يباح الافطار من غير عذر وحاصله ان الماخوذ في حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى
وفي حق جواز الافطار الرواية الاخرى واحترز بقوله هو الصحيح على رواية شاذة عن ابي حنيفة وهي ان صوم التطوع
يمنع صحة الخلوة لانه يمنعه عن الوطي شرعا لما فيه من ابطال العمل الموتم قال واذا خلا المجبوب بها

الذي استوصل ذكره وخصيا من الجب وهو القطع اذا خلا المجبوب بامراته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة وقالا عليه
نصف المهر لانه اعجز من المريض لوجود الة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب والمرض مانع عن الخلوة فالجب اولى بخلاف
العنين فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الالة موجود بسبب الى الوطي اذ الاصل السلامة في الوصف ايضا
فيدار الحكم عليه ولابي حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق المجبوب لانه لا يستطيع مثلها في جميع هذه المسايل يعني فيما اذا كانت الخلوة
صحيحة او فاسدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد اما انها حق الشرع فيدل عليه ان الزوجين لا
يملكان اسقاطها والتداخل يجري فيها وحق العبد لا يتداخل واما انها حق الولد فلقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم
الاخر فلا يسقين ماوه زرع غيره والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه فلا يصدق المراة في ابطال حق الغير بقولها
لم يطاني وقيل معناه لا يصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم اطاها بخلاف المهر فانه لا يجب بالخلوة الفاسدة لانه مال
لا يحتاط في ايجابه وقال ــــ وذكر القدوري في شرحه اي في شرحه لمختصر الكرخي وكلامه واضح قال ــــ وتستحب
المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمي لها مهرا وقال الشافعي تجب
لكل مطلقة الا لهذه الترتيب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ الصحيحة الموثوق بها وهو كما ترى يقتضي ان لا تكون
المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها لان قوله لكل مطلقة وهو يناقض ما تقدم من قوله ثم هذه المتعة واجبة ويقتضي ان
لا تكون المتعة للمستثناة مستحبة لانه استثناها من الاستحباب وقد صرح باستحبابها له في المبسوط والمحيط والحصر وجامع
العتابي وجامع الاسبيجابي وبعض ان لا يكره المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعي لانه استثناها من الوجوب وذكر
في الحصر انها واجبة عنده لهذه المستثناة ايضا واذا عرفت هذا فاعلم ان معنى كلامه وتستحب المتعة لكل مطلقة غير التي
ذكرناها من قبل الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج الى اخره وهو اختيار القدوري فانه ذكر في شرحه ان المتعة
واجبة ومستحبة فالواجبة للتي طلقها قبل الدخول والتسمية والمستحبة لكل مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول وقد سمي
لها مهرا فقد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة ومخالفا للكتب المذكورة واما الشافعي فله في المستثناة قولان في
قوله القديم تجب وهو الذي ذكره صاحب الحصر وفي الجديد لا تجب وهو الذي ذكره في الكتاب وهو اصح القولين فعلى هذا كانت
المتعة عندنا على ثلاثة اقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما ان تكون ملموسة او لا فان لم تكن فاما ان تكون
مهرها مسمى او لا فان لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة وان كان فهي المسماة المستثناة التي لا يستحب لها المتعة وان كانت
ملموسة فكان مهرها مسمى او لم يكن يستحب لها المتعة وعند الشافعي هي تنقسم الى واجبة والى غيرها واستدل له في
الكتاب بقوله لانها وجبت وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة بنصف مهر يجب بطريق المتعة لان
الطلاق فسخ لعني في هذه الحالة لعود ما لها اليها سالما وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع لكن الشرع اوجب
نصف المهر بطريق المتعة والمتعة لا تتكرر فلا تجب المتعة لهذه المطلقة وتجب لغيرها وانما قال وجبت صلة احترازا
عن قولنا ان المهر عوض والمتعة خلف عنه والفايدة تظهر في مسلتين احديهما ان المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق
المتعة عندنا لانها قد استحقت عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره وعنده تستحق لانه صلة بسبب الايحاش
فيجب المهر لاستيفا منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق والثانية ان المتعة لا تزاد على نصف المهر عندنا لئلا
يزيد الخلف على الاصل وعنده تزاد ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لوجود حد الخلف لان المهر المثل
سقط بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة والحال ان العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى ان تبتغوا
باموالكم على ما عرف في الاصول فكان وجوب المتعة مضافا الى العقد بعد مهر المثل ولا نعني بالخلف الا ما يجب
بعد سقوط شي مضاف الى سبب ذلك الشي كالتيمم مع الوضوء فثبت انها خلف والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع
مهر المثل ولا شيا متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول او بعض المفروض عنده قبله واعلم انه قيل في
توجيه كلامه اذ المراد بالاصل كل المفروض كما اذا كان قبل المفروض الدخول وبعد التسمية وفيه نظر لانه حينيذ يكون منقطعا
عن الكلام الاول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع الاصل وهو مهر المثل
وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى الا ذكر وجوب المتعة مع وجوب المسمى او بعضه ومع وجوب
المسمى او بعضه ومع وجوب مهر المثل فالصواب ان يقال الاصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه وجوبا والمراد بقوله
ولا شيا منه المسمى وبعضه ومن هي من المتصلة كما في قوله تعالى المنافقون والمنافقات بعضهم من بعض اي
بعضهم متصلا ببعض فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا يجامع الاصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه الاصل ولا شيا
~~والمراد بقوله ولا شيا منه المسمى وبعضه ومن هي المتصلة كما في قوله~~ وهو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول من غير
التسمية ولا يجامع شيا متصلا بالاصل وهو كل المسمى بعد الدخول وقبله ويكون قوله ولا شيا منه ملحقا بالثابت
بالقياس المتقدم لا انه من نتيجته لانه لم يذكر في مقدماته لكنه لما كان متصلا به الحق بحكمه ومعنى الاتصال بين مهر
المثل والمسمى ان كلا منهما يقع اثمانا لما هو المهر عند الله وبيانا له كما عرف في الاصول او بعضه هذا قوله في او كلامه
فلا

فلا يجب مع وجوب شي من المهر الذي يتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه هذا الذي سنح لي في حل هذا المكان وقوله
وهو غير جان جواب عن قوله اوحشها بالفراق لكن لم يكن في الايحاش جانيا لانه فعل ما فعله باذن الشرع ولا تلحقه الغرامة
بوجوب المتعة مكان المتعة بتاويل المتاع من باب الفضل اي الاستحباب قال ــــ واذا زوج الرجل ابنته
اذا زوج رجلان كلا منهما ابنته او اخته الاخر بشرط ان يزوجه الاخر بنته او اخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل
ويسمى هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلا وسمي به لانهما بهذا الشرط كانهما رفعا المهر واخليا
البضع عنه وقال الشافعي النكاحان باطلان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة لانه لما جعل ابنته
منكوحة للاخر وصداق ابنته الاخرى اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليها نصفين فيصير النصف للاخر للزوج بحكم
النكاح والنصف بحكم لنيته المهر فيلزم للاشتراك ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح
صداقا وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير وقوله ولا اشتراك بدون الاستحقاق
جواب الخصم بيانه ان البضع لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المراة لا يصلح ان يكون مملوكا لامراة اخرى
فبقي هذا الشرط فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وان تزوج حر امراة على خدمته لها سنة او على تعليم القران
صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمته لها سنة جاز ولها الخدمة
وقال الشافعي لها تعليم القران والخدمة في الوجهين يعني سوا كان حرا او عبدا لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط
يصلح مهرا لان المعاوضة تتحقق بذلك والتعليم والخدمة كذلك لانه استاجر شخصا على تعليم القران او الاذان او الاعمال
جاز عنده فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر اخر او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع في عقد النكاح هو الابتغا
بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم الاية والتعليم ليس بمال فلا يكون الابتغا به مشروعا وكذلك المنافع على
اصلنا لانها لا تبقى زمانين والتمول يعتمد البقاء زمانين فلا يكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغا بها مشروعا وخدمة
العبد ابتغا بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد كما في الاجارة ولا كذلك الحر وعلى هذه النكتة تمنع جواز النكاح على خدمة
حر اخر ورعي الغنم ولان خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع لان عقد النكاح يقتضي
ان تكون المراة خادمة والزوج مخدوما لقوله عليه السلام النكاح رق وفي جعل خدمة الزوج مهرا لها كون
الرجل خادما والمراة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بالاطلاق بخلاف خدمة حر اخر برضاه فانه يصح ان يكون
مهرا لانه لا يلزم رقبته كالمستاجر وانما تعرضه فيه على انه ممنوع في احدى الروايتين وبخلاف خدمة العبد فانه
يخدم المولى معنى حيث يخدمها باذنه وامره بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهر لانه علم الجواب عنه بقوله
وخدمة العبد ابتغا بالمال ويمكن ان يقال ذكر المصنف على المدعى دليلين احدهما قوله المشروع هو الابتغا
بالمال والثاني قوله ولان خدمة الزوج الحر فذكر العبد مرة باعتبار الاول واخرى باعتبار الثاني وبخلاف
رعي الغنم لانه من باب القيام بالامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية وفي عبارة المصنف
تسامح لانه قال في الدليل ولنا ان المشروع هو الابتغا بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا فان
كان محمد داخلا في قوله ولنا فقوله على قول محمد يجب قيمة الخدمة لان المسمى مال يناقض ذلك وان لم يكن داخلا
كان المناسب ولهما دفعا للالتباس ويمكن ان يجاب عنه لانه ادخل بالنسبة الى تعليم القران فقال ولنا
وليس بداخل بالنسبة الى الخدمة فقال في الاخير ثم قال على قول محمد يجب قيمة الخدمة لان المسمى هو الخدمة مال
عند العقد الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف
يجب مهر المثل لان الخدمة اي خدمة الحر ليست بمال اذ لا يستحق فيه اي لا يستحق الخدمة في النكاح بحال ولو
كانت مالا لاستحقت لانه وجد المقتضي وهو العقد الصادر من الاهل المضاف الى المحل وانتفى المانع وهو كون
المهر غير مال وذكر بعض الشارحين ان في عبارة هذا الكلام نكتة او هكذا ولا يستحق فيه بحال وهو حسن لمعنيين
احدهما ان يكون كل واحد من قوله لان الخدمة ليست بمال وقوله اولا يستحق فيه بحال دليلا على وجوب
مهر المثل ويكون الاول اشارة الى قوله ولنا ان المشروع هو الابتغا بالمال والثاني اشارة الى قوله ولان
خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح والمعنى الثاني ان في قوله اذ لا يستحق فيه بحال لا دلالة له على ان الخدمة
ليست بمال الا بما لعقبه من وجود المقتضي وانتفا المانع وهو لا يتم لان للخصم ان يقول لا اسلم انها لو كانت مالا لاستحقت
فيه وقوله ولانه وجد المقتضي وانتفا المانع وهو كون المهر غير مال يقول المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا
الى المناقضة مانع اخر عن الاستحقاق لكن ساعي بكلمة او ولقايل ان يقول هو لما وعلى قول ابي حنيفة وابي
يوسف مستغنى عنه لانه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث ويمكن ان يجاب عنه بانه اعادة تمهيد البيان التعليل بقوله
وهذا اي وجوب مهر المثل لان التقوم للضرورة اي لان تقوم المسمى لضرورة اي لان تقوم المسمى للضرورة حاجة
الناس الى العقود وهي اي الحاجة تندفع بالتسليم الى المحتاج فاذا لم يجب تسليمه كان اولى فاذا لم ... قال ــــ فان

تزوجها على الف هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الاولية الى قسمين اما ان يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود او على
ما يتعين به كالعروض والحنطة والشعير ثم كل واحد منهما على وجهين اما ان يكون الصداق مقبوضا لها او لم يكن وكل واحد
منهما على وجهين اما ان تهب المراة الكل او البعض فان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين وهو ما لا يتعين الف درهم فقبضتها
ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة درهم لانه الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق
قبل الدخول فانه بنصف الصداق بالنص ولم يصل اليه عين ما يستوجبه بالعقد لان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في
العقود والفسوخ فكانت هبة هذه الالف كهبة الف اخرى واذا لم يصل اليه عين ما استوجبه كان له الرجوع وكذا اذا كان
المهر مكيلا او موزونا اخر في الذمة غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك
لعدم التعيين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع
احدهما على الاخر بشي وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم اليها المهر بالابراء وما سلم له بالابراء
غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته ما عليه بنصف المهر بالطلاق قبل الدخول سلم فالزوج سلم له ما يستحقه فلا
تبرا المراة عما يستحقه وجه الاستحسان ان ما يستحقه الزوج بالطلاق وهو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه
ذلك لكن بسبب اخر وهو الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول
لاخر لك على الف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال الاخر الجارية جاريتك ولي عليك الف ولزمه المال لحصول
المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع الجارية ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت
الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشي عند ابي حنيفة وقالا يرجع بنصف ما قبضت
اعتبارا للبعض بالكل فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف ما قبضت فكذا
اذا قبضت البعض ولان هبة البعض اي البعض الذي لم تقبضه حط والحط يلتحق باصل العقد فكانه تزوجها ابتدا
على الخمسمائة المقبوضة ولابي حنيفة ان مقصود الزوج وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض قد حصل قبل الطلاق
فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق كمن له على اخر دين موجل فاستعجل قبل حلول الاجل وفايدة قوله بلا عوض تظهر
فيما اذا باعته من زوجها وقوله والحط جواب عن قولهما ولان حط بعض البعض حط ووجه ذلك ان الحط انما يلتحق
باصل العقد اذا كان العقد عقد مغابنة يحتاج الى دفع الغبن عن احد الجانبين بالزيادة او الحط والنكاح ليس
كذلك واستوضح المصنف بقوله الا ترى ان الزيادة يعني ان الحط والزيادة سيان في الالتحاق باصل العقد والزيادة
في النكاح لم يلتحق باصل العقد حتى لا تتنصف الزيادة في الطلاق بالاتفاق فكذلك الحط ولو كانت وهبت اقل
من النصف وقبضت الباقي مثل ما اذا تزوجها على الف فوهبت المراة وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة يرجع عليها
بتلثمايه درهم حتى يتم النصف وعندهما يرجع عليها بربعمايه درهم لان عنده ما سلم للزوج معتبر وعندهما المقبوض
معتبر فكانه تزوجها على ما قبضت فيتنصف المقبوض وهو ثمانمائة ولو كان تزوجها على عوض فقبضته او لم تقبض
فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشي وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب
فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره يعني في قوله لانه سلم له المهر بالابراء فلا يبرا عما يستحقه وجه الاستحسان ما ذكره ان
حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها لم يكن لها ان تدفع شيا اخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وهي المسئلة
الاولى حيث يرجع عليها بالنصف لان حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين ولهذا لو دفعت مكانه شيا اخر جاز و
بخلاف ما اذا باعت منه يعني الصداق العرض من زوجها لانه وصل اليه ببدل وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا يبرا
عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر ولو تزوجها على حيوان بعين مثل الفرس والحمار ونحو
لا مطلقة او عروض في الذمة بان قال على ثوب هروي بين جنسه ونوعه فانه يجب حينيذ الوسط مما سمى ويثبت ونبا في
الذمة فيشبه النقود فلذلك الجواب وهكذا اذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يكن يرجع عليها بشي قبضته او لم
تقبض لان المقبوض متعين في الرد يعني انها لو قبضته تعين عليها رده بعينه وكل ما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان
من جنس ما كان يتعين بالتعيين واذا اوهبت ما يتعين بالتعيين فان كانت الهبة بعد القبض فقد وصل اليه عين حقه
لما ان اختلاف السبب غير معتبر وان كانت قبله فقد وصل اليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا معتبر باختلاف
السبب وقوله وهذا لان الجهالة اشارة الى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين والى ان المقبوض يتعين في
الرد وتقريره الجهالة تحملت في النكاح وكل ما تحمل في النكاح لابتنائه في النكاح فالجهالة لا تنافي النكاح فاذا اشرط ذلك في
العقد صح ولا بد من التعيين ليتحقق الايفا عند الحاجة اليه فاذا اعين بالقبض صار كان التسمية وقعت عليه ولو كان كذلك
كان متعينا فاذا اعين بالقبض وفايدة الاولى صحة العقد وان كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر المثل وفايدة الثانية
عدم رجوع الزوج عليها بشي اذا وهبته له وعدم ولاية الاستبدال ان لم تهب وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم
والدنانير قال واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة قد تقدم ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة
فاذا

تزوج امراة على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها او على ان يطلق فلانة فالنكاح صحيح وان كان شرط
عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسدا لان فيه المنع عن الامر المشروع فان وفي بالشرط فلها المسمى لانه سمي
ما يصلح مهرا وقد تم رضاها به وان لم يوف به فلها مهر مثلها وصورة المسئلة فيما اذا كان مهر المثل اكثر من المسمى الالف
لانه سمى ما لها فيه نفع حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في
تسمية الكرامة بان سمى مع الالف ان يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة ونحو ذلك مما تتعب به وكما لو سمى الهدية مع الالف بان يرسل
اليها مع الالف الثياب الفاخرة ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها صورة المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر انه
ذكر بمقابلة شي واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وعينهما الالف والالفان فيفسد التسمية للجهالة
ويجب مهر المثل ولهما ان ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا ولابي حنيفة ان الشرط الاول قد صح لعدم
الجهالة فيه فيتعلق العقد به ثم لم يصح الشرط الثاني لان الجهالة ثابتة منه ولم يفسد النكاح وطولب بالفرق بين هذه المسئلة
وبين ما اذا تزوجها على الفين ان كانت جميلة وعلى الف ان كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان جميعا بالاتفاق
في المسئلة في فتاوي اللولوالجي وغيره واجيب بان في الاولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية لانه لا يدري
ان الزوج يخرجها او لا وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة لان المراة اما جميلة في نفس الامر واما قبيحة غير ان الزوج لا يعرفها
وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا والمصنف لم يذكر وجوه الاقوال واحال على باب الاجارة على
احد الشرطين ولم يذكر هناك هذه المسئلة وانما ذكر مسئلة الخياطة على ما سيجي ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد
اصل هذا ان الضمان الاصلي هو المسمى فانما يصار الى مهر المثل اذا فسدت من كل وجه وههنا ليس كذلك لامكان العمل
بالاوكس لكونه متيقنا كما في الاوكس الخلع والاعتاق على مال على هذا الوجه فان الاوكس في ذلك متعين وما في الكتاب
واضح وانما قال في مهر المثل اذ هو الاعدل لانه لا يقبل الزيادة والنقصان لان فيه منافع البضع وقيمة الشي لا تقبل الزيادة
والنقصان لانه قيمة منافع البضع وقيمة الشي لا تقبل الزيادة والنقصان بخلاف التسمية لانها تقبلها وقوله الا ان
مهر المثل جواب عما يقال اذا كان مهر المثل هو الاعدل كان المصير اليه واجبا في الاحوال الثلاث فوجهه انه كذلك الا ان مهر المثل
اذا كان اكثر من الارفع فالمراة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة فعملنا برضاهما
وقوله والواجب بالطلاق قبل الدخول جواب عما يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان يجب نصف الارفع فيما وجب
فيه الارفع مهرا لان الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه ان الواجب في الطلاق قبل الدخول في
مثله وهو ما يكون التسمية فيه فاسدة المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة قال
واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صورة المسئلة ان يقول تزوجتك على حمار او فرس قال المصنف ومعنى هذه المسئلة
ان يسمي جنس الحيوان دون الصفة يريد انه لم يقل جيد او وسط او ردي الى غير ذلك من اوصافه ورد بان
الفرس والحمار نوع لا جنس واجيب بانه يجوز ان يكون مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شي وكل ما اشبهه
ويرد عليه قوله اذا لم يسم الجنس بان تزوج على دابة لا يجوز التسمية ويجب مهر المثل فانه اسم جنس بالتعريف المذكور
وهو ما علق على شي وكل ما اشبهه ولم يصح به التسمية والحق ان يقال اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح
غيرهم وقوله وقال الشافعي يجب مهر المثل واضح وقوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال ومعناه ان في النكاح معنى التزام
المال ابتدا ومعنى المعاوضة اما معنى المعاوضة فظاهر واما معنى التزام المال ابتدا اي من غير عوض فلانه معاوضة
مال بغير مال وكان كالدية والاقارير حيث يلزم فيهما ايضا مال من غير ان يكون في مقابلة عوض مالي فعملنا بمعنى التزام
المال ابتدا او قلنا لا يفسد باصل الجهالة لان الجهالة في مثله متحملة كما في الدية فان الشرع جعل فيها مايه من الابل غير موصوفة
وكما في الاقارير فان من اقر لاخر بشي صح اقراره وعملنا بمعنى المعاوضة وشرطنا ان يكون المسمى مالا معلوم الوسط
رعاية لجانب الزوج والمراة كما وجب في الزكاة ذلك رعاية لجانب الغني والفقير وذلك انما يتصور عند اعلام الجنس لانه يشتمل
على الجيد والردي والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط حينيذ لاختلاف معاني الاجناس فانه اذا تزوجها على
دابة لم يجد نوعا متوسطا فيلزمه مهر المثل وقوله بخلاف البيع جواب عن قوله مالا يصلح ثمنا لا يصلح مسمى في النكاح ووجهه ان
مبناه على المضايقة والمماكسة اي المنازعة لانه معاوضة مال ليس فيه معنى التزام المال ابتدا فيفسد باصل الجهالة اما النكاح
فمبناه على المسامحة فلا يفسد بجهالة ما لم تتفاحش وقوله وانما يتخير متعلق بقوله والزوج مخير معناه ان الكل واحد من
الوسط فلان التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما ويجبر المراة على القبول في ايهما اتى وقوله وان تزوجها على ثوب غير موصوف
يعني لم يذكر نوعا منه وقوله اذ الثياب اجناس يعني انها تكون قطنا وكتانا وابريسما وغيرها وقوله وكذا اذا بالغ في
وصف الثوب معنى المبالغة فيه هو ان يوصله الى حد يجوز فيه عقد السلم وقوله في ظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي حنيفة
ان الزوج يجبر على تسليم الوسط وهو قول زفر لانه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز فيه السلم وعن ابي
يوسف انه ان ضرب الاجل يجبر على الدفع والا فلا لانه بضرب الاجل صار نظير السلم وجه الظاهر ما ذكره انها ليست من ذوات

الاخال بدليل ان مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبيد وكذلك اذا سمي مكيلا او موزونا وسمي جنسه مثل ان يقول تزوجتك
علي كرحنطة او من زعفران ولم يزد علي ذلك كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته وان سمي جنسه وصفته لا يجبر بل يجبر علي الوسط
لان الموصوف منهما ثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حالا او موجلا ولهذا جاز استقراضه والسلم فيه قال وان تزوج مسلم
علي خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لان شرط قبول الخمر شرط فاسد معناه ان قوله تزوجتك علي خمر بمنزلة قوله تزوجتك
بشرط قبولك الخمر وهذا الشرط فاسد والنكاح لا يبطل به لان الشرط فيه لا يربو اعلي ترك التسمية اصلا وذلك لا يفسده فهذا
اولي بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط فيه بمعني الربو وهو مفسده وفي قوله بخلاف البيع اشارة الي
رد قياس مالك النكاح علي البيع فانه قال تسمية الخمر والخنزير يمنع وجوب عوض اخر ولا يمكن ايجاب الخمر والخنزير بالعقد
علي المسلم فكان كالو باعهما وقلنا لما لم يصح التسمية في نفسها لكون المسمي ليس بمال اي ليس بمال متقوم في حق المسلم لم يمنع
وجوب الغير فوجب مهر المثل قال فان تزوج امراة علي هذا الدن من الخل صورة المسلة ظاهر وحاصل اختلافهم ان محمدا
مع ابي يوسف في ذوات الامثال في ان الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع ابي حنيفه في ذوات القيم في ايجاب مهر
المثل دون القيمه ثم الاصل ان المعتبر هو الاشاره عند ابي حنيفه في الفصول كلها وعند ابي يوسف في الفصول كلها والا
شارة في الجنس الواحد والتسمية في الجنسين عند محمد والمصنف قدم دليل ابي يوسف وهو ظاهر ثم ذكر دليل ابي حنيفه وقال
فيه لكونها يعني الاشارة ابلغ في المقصود وهو التعريف لان الاشارة بمنزلة وضع اليد علي الشي ويحصل بها كمال التمييز لان
الاشارة الي شي وارادة غيره ممتنعه واما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ويجوز اطلاق اللفظ وارادة غيرها مجازا واخر
دليل محمد كانه اشار الي اختيار مذهبه ودليله موقوف علي تقديم مقدمتين احديهما ان المراد بالماهيه هي الحقيقه من حيث
هي هي لا الذات الموجود في الخارج يصلح ان يكون مشارا اليه باشارة حسيه والثاني ان المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين
احاده امرا واحدا فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والذكيه والذكر والانثي في غير الاناسي وبالجنسين ما يكون
الفاصل اكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخمر فان الفاصل بينهما الاسم والصفه كالحموضة في الخل والحدة في الخمر والمعني كالاسكار
وعدمه والجاريه والعبد فان الفاصل بينهما الاسم فاذا ظهر هذا فاذا اجتمعت التسميه والاشارة في العقد فان كان
المسمي والمشار اليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار اليه لان التسميه منها كه لاتدل علي ماهية اخري وانما تدل علي صفة والصفة
تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار اليه لولا الصفه لم تعتبر الصفه لتبعيتها وان كانت من جنسين
فالمعتبر هو المسمي لان التسمية حينئذ تدل علي ماهية المشار اليه في استحقاق ان يكون مرادا ولا يكون تابعا
له لان المنتفي لعدم شي لا يتبعه فتعارضنا في الاستحقاق والتسميه ابلغ في التعريف اذ كان من جنسين من حيث انها
تعرف الماهيه والاشاره انما تعرف ذاتا مشارا اليه من غير دلالة علي حقيقته هذا الذي سنح لي في هذا المحل وازيدك
بيانا وهو ان كل موضع دلت المسلة التسمية فيه علي معني يتحقق المشار اليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد فان كان صفة كونه عبدا
اذا ارتفعت عادة العدم الواسطه وكذا في الميتة والذكيه والذكر والانثي وفي كل موضع دلت التسمية فيه علي معني لم يتحقق المشار
اليه عند ارتفاعه لوجود الواسطه فيهما جنسان فان صفة كونه خلا اذا ارتفع لا يلزم ان يكون خمرا لجواز ان يكون عصيرا وكذا اذا
ارتفع كونها جارية لا يلزم ان يكون عبدا لجواز ان يكون حرة وعلي هذا اذا تزوجها علي هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها
الا الباقي اذا ساوي عشرة دراهم عند ابي حنيفه لانه يعتبر الاشارة الي الحر تخرج عن العقد فكان تسمية العبد الثاني
لغوا وكانه تزوجها علي عبد فليس لها الا ذاك ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان ووجه ابي يوسف ظاهر ولذا وجه محمد لانه في
الجنس الواحد يعتبر الاشاره ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل
والمصنف ذكره في دليل ابي حنيفه قوله لانه مسمي بناء علي ما ذكرنا ان الاشارة ابطلت العبد الثاني قوله ووجوب المسمي
وان قل يمنع وجوب مهر المثل اعترض عليه بما قال فيما قبل هذا ولو تزوجها علي الف ان اقام بها الي ان قال ان اخرجها
فلها مهر المثل وبما قال في الزيادات ان الرجل اذا تزوج امراة علي الف المهر وعلي ان يعتق اباها ثم ان لم يف بالشرط فلها
الالف الي تمام مهر المثل واجيب بان ذلك الشرط استحق بعقد النكاح بفواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل
واما الحر فلم يستحق اصلا لان الوقوف علي ما شرط غير ممكن لانه شرط علي خطر الوجود فلو لم يجب لها اي تمام مهر المثل
لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه اما ههنا فيمكن الوقوف علي ما اشار اليه قبل النكاح بالتفحص فلو لزمها ضرر لزمها بتقصيرها
قال واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح الاخت في عدة الا
خت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها فكلامه واضح وقوله هو يعتبره بالبيع الفاسد يعني ان القيمة
في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وان زادت علي الثمن فكذلك مهر المثل وان زاد علي المسمي لكون كل واحد منهما موجبا اصليا
فاذا اعترض الي الف ديرجع الي الموجب الاصلي ولنا ان المستوفي اي من منافع البضع بهذا العقد هو ليس بمال وكل ما ليس
بمال ليس بمتقوم فالمستوفي به ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتسميه والتسمية غير صحيحة فبطلت ولا بد من تقوم المستوفي من منافع
البضع شرعا فصرنا الي ما هو قيمتها في مثل هذا العقد فيه ودن التسميه وهو عقد المفوضه اذ كان صحيحا وذلك مهر المثل فبطل

ما زاد

ما زاد عليه وهذا يقتضي ان لا ينقص من مهر المثل اذا زاد علي المسمي لكن الزيادة علي المسمي لا تجب لانعدام التسمية اي تسمية الزيادة
علي المسمي فان قلت هل هذا الا تناقض لانك اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت علي مهر المثل ثم اعتبرتها اذا انتقصت عنه وهي
ان كانت فاسدة يجب شمول العدم وان كانت صحيحة يجب شمول الوجوب قلت هي صحيحة من وجه دون وجه صحيحة من حيث
المسمي مال متقوم لان فرض المسالة فيه فاسده من حيث انها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا زادت وصحتها اذا انتقصت
لانضمام رضاها اليها وهذا الحل من خواص هذا الشرح وان قيدت المستوفي بهذا العقد لان الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمفوضه
فان المستوفي هناك ايضا ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد وقوله بخلاف البيع جواب عن قياس زفر وهو واضح وقوله
وعليها العدة يعني في النكاح الفاسد اذا دخل بها لما ذكر ان الخلوه فيه لا تقام مقام الدخول فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب
العدة ويعتبر الجماع في القبل حتي يصير مستوفيا للمعقود عليه وقوله الحاقا للشبهة بالحقيقه اي الثابتة من وجه بالثابتة
من كل وجه في موضع الاحتياط وكان قوله وتحرزا عن اشتباه النسب تفسير الاحتياط بطريق العطف ويعتبر ابتداؤها
من وقت التفريق لا من اخر الوطيات وقال زفر يعتبر من اخر الوطيات حتي اذا وطي في النكاح الفاسد ثم رات ثلث حيض ثم
فرق القاضي بينهما عندنا وعنده يكون عدتها منقضية وقوله هو الصحيح احتراز عن قول زفر وقوله لانها يجب باعتبار شبهة
النكاح يعني من حيث وجود ركنه من الايجاب والقبول وشبهة النكاح رفعها بالتفريق وقوله التفريق في موضعين تشير الي انه
لا بد من مفرق وليس رفع النكاح موقوفا علي تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه
عند بعض المشايخ وعند بعضهم ان لم يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ الا بمحضر من صاحبه
كما في البيع الفاسد فان لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ دون محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد
القبض فاما ان يكون التفريق بمعني الدفع والرافع كل واحد منهما واما ان يكون وضع المسلة فيما اذا ارفعا
حكمها الي الحاكم وقوله ويثبت نسب ولدها ظاهر لما تقدم وقوله وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد
وقال ابو حنيفه رضي الله عنه وابو يوسف رحمه الله من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لان حكم الفاسد يوخذ من
الصحيح والفتوي علي قول محمد لان النكاح الفاسد ليس بداعي اليه والاقامة باعتباره اي اقامة النكاح مقام الوطي
باعتبار ان النكاح داع الي الوطي والنكاح الفاسد ليس بداع اليه فلا يقام مقامه وفي تعليله هذا اشاره الي تعليل
فساد ابي حنيفه وابي يوسف قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها اعلم ان مهر المثل يعتبر بعشيرتها التي
من قبل ابيها كالاخوات والعمات وبنات الاعمام وقال ابن ابي ليلي يعتبر بامها وقومها امها كالخالات ونحوها لان المهر قيمة
بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء ولنا قول ابن مسعود لها مهر نسائها وهن اقارب الاب لانه اضاف اليها وانما
يضاف الي اقارب الاب لان النسب اليه ولان اقارب قيمة الشي انما تعرف بالرجوع الي قيمة جنسه والانسان من جنس قوم
ابيه لا من جنس قوم امه الا تري ان الام قد يكون امة والابنة تكون قرشية تبعا لابيها ولا يعتبر بها وخالتها اذا لم يكونا من
قبيلتها وقوله لما بينا اشارة الي قوله وقيمة الشي انما تعرف بالنظر الي قيمة جنسه وقوله ويعتبر في مهر المثل ظاهر وقوله
بخلاف الدار اي البلد وحاصله ان مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشي انما تعرف بالشي الي نظيره بصفته والمراد بالسن السن
وقت التزوج واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يعني اذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح لانه من اهل الالتزام وقد
اضاف الضمان الي ما يقبل الضمان وهو المهر لان المهر دين والكفالة والضمان يصحان فيه فان قلت يجوز ان يكون مراده
ان الولي زوج ابنه الصغير فضمن عنه المهر للمراة قلت نص عنه قوله ثم المراة بالخيار كما في الصحة سواء وذكر في باب الوليمة
من شرح الطحاوي ان الاب اذا زوج الصغير امراة فللمراة ان تطالب بالمهر من اب الزوج فيودي الاب من مال ابنه الصغير
وان لم يضمن الاب بالمهر صريحا بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس للمراة ان تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن وقوله
ثم المراة بالخيار ظاهر وقوله ويصح ابراؤه اي ابراء الاب المشتري وكذلك الوصي ويملك قبضه اي ويملك الاب قبض
الثمن بعد بلوغ الصغير وقوله وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة جواب عما يقال الاب يملك قبض الصداق ايضا كالوكيل
يملك قبض الثمن فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وذلك لا يجوز هناك فكذلك في الاب وقوله وللمراة ان تمنع نفسها
اذا تزوج امراة علي مهر فاما ان يكون المهر كله معجلا او موجلا او بعضه معجلا وبعضه موجلا فان كان الكل معجلا فاما ان دخل بها
او لم يدخل فان لم يدخل بها فللمراة ان تمنع نفسها حتي تاخذ المهر ولها ان تمنعه عن اخراجها الي السفر ليتعين حقها في البدل وهو المهر
كما تعين حقه في المبدل وهو البضع وصار كالبيع في ان البايع له ان يحبس المبيع حتي ياخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعيين
وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج عن منزله وزيارة اهلها حتي يوفيها المهر كله لان حق الحبس لاستيفاء المعوض وليس حق
الاستيفاء قبل الايفاء وان دخل بها فيذكره فان كان الكل موجلا فاما ان دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل فليس لها ان تمنع نفسها
لانها اسقطت حقها بالتاجيل وفيه خلاف ابي يوسف قال موجب النكاح عند الاطلاق تسليم المهر اولا عينا كان او دينا
فحين قبل الزوج الاجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتاخير حقه الي ان يوفي المهر بعد حلول الاجل وبه فارق البيع
لان تسليم الثمن اولا ليس من موجبات البيع لا محالة الا تري ان البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم احد البدلين اولا فلم

يكون المشتري راضيا بتاخير حقه في المبيع الى ان يوفي الثمن وقوله لا يسقط حقها بالتاجيل فاطلاقه يشير الى انه ليس لها
المنع لا قبل حلول الاجل ولا بعده وهو ظاهر الرواية اما قبل الحلول فظاهر واما بعده فلان هذا العقد ما اوجب حق الحبس فلا
يثبت بعده وفي هذا الوجه اذ لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند ابي حنيفة ومحمد فلان لا يكون لها ذلك بعده اولى وقوله
وان دخل بها يعني في الوجه الاول فكذلك الجواب عند ابي حنيفة يعني للمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وقالا ليس لها ذلك
اذا كان الدخول برضاها اما اذا كانت مكرهة او صبية او مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلوة بها ان
كانت برضاها فعلى الاختلاف وان كانت بغيره لم يسقط بالاتفاق وبني على هذا استحقاق النفقة يستحقها مدة
المنع عنده لانه منع بحق ولا تستحقها عندهما لانها ناشزة ولهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطية الواحدة
وبالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر وتسليمه يبقي حق الحبس كالبايع اذا سلم المبيع وقوله وله انها منعت منه جاز ان يكون
منافعه وتقديره انا لا نسلم ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطية الواحدة فانها منعت منه ما قابل البدل
لان كل وطية تصرف في البضع المحترم واذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله وجاز ان يكون معارضة وتقديره انها منعت منه
ما قابل البدل لان كل وطية تصرف في البضع المحترم والتصرف فيه لا يخلو عن البدل ابانة لخطره والمنع عما يقابل البدل صحيح
وقوله والتاكيد بالواحدة اي بالوطية الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتاكد بها جميع المهر وهو واضح وان كان بعضه
معجلا وبعضه مؤجلا كان لها ان تخرج قبل اداء المعجل فاذا ادي لم يكن لها ذلك الا باذنه فان قلت فان سمي المهر ساكتا
عن التعجيل والتاجيل ماذا يكون حكمه قلت يجب حالا وقد اشير الى ذلك في دليل ابي يوسف انفا وكون حكمه حكم ما شرط تعجيله
واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها وقول الفقيه ابي الليث
لان الغريب يؤذي قال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بقول الله تعالى اولى من الاخذ بقول ابي الليث ورد بان الفقيه هو الذي اخذ
بقول الله تعالى لان قوله من حيث سكنتم مخصوص بدليل مستقل مقارن هو قوله تعالى ولا تضاروهن وفي قرى المصر القريبة
لا يتحقق الغربة سيل ابو القاسم الصفار رحمه الله يخرجها من المدينة الى القرية ومن القرية الى المدينة فقال ذلك تبوية وليس
بسفر واخراجها من بلد الى بلد سفر وليس بتبوية قال ومن تزوج امراة ثم اختلفا في المهر هذه المسئلة على وجوه
لان الاختلاف اما ان يكون في حياتهما او يختلف الورثة بعد موتهما او يكون بعد موت احدهما فان كان في حياتهما فاما ان يكون
قبل الطلاق او بعده وكل ذلك على وجهين اما ان يكون في اصل التسمية او في مقدار المسمى اما اذا كان الاختلاف في حال قيام
النكاح او بعد الفرقة بعد الدخول او بعد موت احدهما فالقول قول المراة الى تمام مهر مثلها او ورثتها والقول قول الزوج
او ورثته في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد وكلامه في تحرير المذاهب ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض
مشايخنا في تفسير قول ابي يوسف ان المراد به ما يكون دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر اقل من عشرة دراهم والاصح ان
مراده ان يدعي شيئا قليلا يعلم انه لا تتزوج مثل تلك المراة على ذلك عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيع ايضا اذا اختلفا في
الثمن لا يتقدر شرعا وقوله لا يصار اليه اي الى مهر المثل وقوله وهو قياس قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد وانما خصهما
بالذكر لان عند ابي يوسف القول قول الزوج في جميع الصور وقوله لان المتعة بعد الطلاق اي موجب العقد اذا كان الطلاق قبل الدخول كمهر المثل قبله اي قبل الطلاق فيحكم المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله وقوله ووجه التوفيق اي بين رواية
الجامع الكبير وبين روايتي المبسوط والجامع الصغير وهو واضح وقوله فالقول قوله يعني مع اليمين لان الاصل في الدعاوي
ان القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان نكل يقضى عليه بالف درهم كما لو اقر لان النكول اقرار وان كان الفين فالقول
قولها اي مع يمينها لان الزوج يدعي عليها الحط وهي تنكر فان نكلت يقضى بالف درهم كما اقرت بالحط وان حلفت يقضى بالفي درهم
الف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية المهر والف باعتبار مهر المثل وفائدة هذا انه يخير الزوج في هذا الالف ان شاء
اعطى الدراهم وان شاء اعطى الدنانير وايهما اقام البينة اي في الوجهين اي فيما اذا شهد مهر المثل للزوج وفيما اذا شهد
مهر المثل لها شاهد للزوج تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للمراة ببينته
لانه اثبت الحط عن مهر المثل وهي تنكر والمراة تدعي عليه الزيادة وهو ينكر وينبغي ان تقرع القاضي بينهما في البداية
لاستوائهما فان نكل الزوج يقضى بالف وخمسمائة كما لو اقر بذلك صريحا وان نكلت المراة وجب المسمى الف لانها اقرت بالحط
وان حلفا جميعا وجب الف وخمسمائة الف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا لمكان التعارض
وبعض محققي هذا الفصل ان بينة المراة اولى لانها تثبت الزيادة وذكر الامام المحبوبي بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا تحالفا
فقال ثم اذا تحالفا يبدا بيمين الزوج لانه اشدهما انكارا وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة والبينة
مشروعة للاثبات وهذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلثة على قول ابي حنيفة ومحمد وهي ان يكون مهر المثل
شاهدا له او شاهدا لها او كان بينهما ثم يصار الى مهر المثل لانهما اتفقا على اصل التسمية والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى
مهر المثل واذا حلفا يتقدر التسمية فيحكم مهر المثل قيل قول ابي بكر اصح لان تحكيم المهر ليس لايجاب مهر المثل وانما هو لمعرفة
من يشهد له الظاهر مع يمينه ولو كان الاختلاف في اصل المسمى بان ادعى احدهما التسمية وانكر الاخر كان القول قول من ينكر
التسمية

التسمية وجب مهر المثل بالاجماع المركب اما عندهما فلانه الاصل في التحكيم واما عند ابي يوسف فلانه يتعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت
التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما بين الحي وورثة الميت فالجواب
فيه كالجواب في حياتهما في الاصل والمقدار ففي الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل
لان مهر المثل لا يسقط بموت احدهما الا ترى الى مسئلة المفوضة اذا مات احدهما وعنده قول الزوج او ورثته لما تقدم
ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى القليل خلافا لابي يوسف
فانه يستثنيه كما تقدم وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة يحكم المهر وهو قياس قول ابي حنيفة لكنه تركه استحسانا
لما نذكره وان كان الاختلاف بعد موتهما في اصل التسمية فعند ابي حنيفة القول قول من انكره لا يحكم مهر المثل وقوله لما نبينه بعد
اشارة الى دليل ابي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه المسالة واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا
ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه
اي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين معناه اي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين المسمى في الوجه الاول وهو ما اذا
سمى ومهر المثل في الوجه الثاني وهو ما اذا لم يسم اما الاول فهو وجوب المسمى فلان المسمى دين في ذمته اما ثبوته
بالبينة او بالتصادق وقد تاكد بالموت فيقضى من تركته اذا علم انهما ماتا معا او علم ان الزوج مات اولا واما
اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط
بالموت كما اذا مات احدهما وهو قياس قوله لكن استحسن فقال ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فمهر مثل من تعذر
القاضي مهر المثل وهذا يشير الى ان وضع المسئلة في صورة التقادم وقد روي عنه انه استدل فقال ارايت لو ادعى
ورثة علي على ورثة عمر مهر ام كلثوم اكنت اقضي فيه بشيء وهذا لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم
العهد وانقرض اهل ذلك العصر تعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا اذا لم يكن العهد
متقادما بان لم يختلف مهر مثل هذه المراة يقضى بمهر مثلها وله في طريق اخر وهو ان مهر المثل من حيث
هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب في مقابلة ما ليس بمال يشبه الصلة كالنفقة فباعتبار الشبه الاول لم
يسقط فلا يسقط بموت احدهما وباعتبار الشبه الثاني يسقط فيسقط بموتهما لان المسقط تاكد بالموت ومن بعث الى
امراته شيئا ظاهر وقوله فالقول قوله اي مع يمينه فان حلف والمتاع قائم فللمراة ان ترد وترجع بما بقي من
المهر وان كان هالكا لم يرجع وقوله لما بينا اشارة الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب قوله
وقيل ما يجب عليه انما قيد بالوجوب لانه اذا بعث الخف والملاءة كان له ان يحتسب من المهر لان ذلك لا يجب عليه وقوله
وغيره قيل كمتاع البيت فصل لما ذكر احكام النكاح في حق المسلمين وهم الاصول في الشرائع ذكر من
هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات احكام النكاح في الكفار واذا تزوج النصراني نصرانية قيل المراد بهما
الذمي والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي واقول يجوز ان يكون اطلقه ليتناول المستامن ايضا وذلك في دينهم
اي النكاح بغير مهر في دينهم جائز والواو للحال فليس لها مهر وان اسلما وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا اي
عدم وجوب المهر في الذميين والحربيين عند ابي حنيفة ووافقاه في الحربيين واما في الذمية ان دخل بها او مات عنها
فلها مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر في الحربيين ايضا وقال الشرع ما شرع ابتغاء
النكاح الا بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وهذا الشرع وقع عاما لان النكاح من باب المعاملات والكفار
مخاطبون بالمعاملات فثبت الحكم على العموم وحاصل كلامه المشروع في باب النكاح الابتغاء بالمال على العموم وكل
ما كان كذلك ثبت حكمه على العموم وقالا اهل الحرب لم يلتزموا احكام الاسلام وهو ظاهر فلا يكون الحكم عليهم الا بالالزام
ولا الزام الا بالولاية وقد انقطع الولاية بتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات
لان الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالزنا والربوا فانهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ولئن سلمنا انهم لم
يلتزموا لكن ولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات
كالصوم والصلاة وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات ايضا كبيع الخمر والخنزير وولاية الالزام بالسيف والمحاجة
وليست بموجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب في عدم الالتزام
وانقطاع الولاية وقوله بخلاف الزنا جواب عن قولهما كالزنا والربا ووجهه ان الزنا حرام في جميع الاديان فلم يكن
دينهم حتى يتركوا عليه والربا مستثنى عن عقودهم بقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد
كذا السماع والنسخ وقوله في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان
يعني عن ابي حنيفة في رواية يجب مهر المثل كما قالا وفي رواية لا يجب شيء وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى فرق واما على الرواية
الاخرى وهي رواية الاصل فيحتاج الى الفرق بين النفي والسكوت وهو ان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص
عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين فلم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض

مستحقا لها واما الميتة فانها ليست بمتقومة عند احد فكان التزوج عليها كالنفي وهو مختار فخر الاسلام من الروا
يتين ووجه الرواية الاخرى ان اهل الذمة يتدينون بتقومها لم يدخل تحت قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون فيجب
حكم الشرع والاصح ان الكل على الخلاف عنده لا يجب شي وعندهما يجب مهر المثل وقوله فان تزوج الذمي
ذمية ظاهر وقوله وهذا كله اي كل ما ذكر وهو ما كانا معينين او غير معينين عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
لها مهر المثل في الوجهين اي في المعين وغير المعين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما انهما جمع بين قوليهما
وان كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال ابو يوسف فيهما بمهر المثل ومحمد قال فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر
والخنزير لانهما يتفقان في ان لا يوجبا قيمة عين الخمر والخنزير ان القبض موكد للملك في المقبوض ولهذا ينتصف
الصداق بالطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج شي الا بالرضا او القضا
واذا ابرءوه العطو والصداق غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لا يجب صدقة العط عليها بخلاف ما بعد
القبض ولا يجب الزكاة عليها عند ابي حنيفة في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده والموكد للملك شبيه بالعقد
لافادته ما لم يكن فيمتنع القبض بسبب الاسلام كما لو كان ابتدا التمليك بالعقد بعد الاسلام الحاقا لشبهة
العقد بحقيقته بالحرمات وصار كما اذا كانا معينا فانها تمنع عن تسليم نفسها وتحذ لذمها اذا كانا كالعقد
باعيانها كالعقد واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد
وجب مهر المثل فكذلك ههنا ووجه محمد ظاهر ووجه قول ابي حنيفة ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد
ولهذا ملكت التصرف فيه ولو هلك هلك على ملكها وكل ما تم بنفس العقد لا يحتاج فيه الى القبض للتملك والقبض
ينقل الملك من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك اي الانتقال لا يمنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة
واما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به ملكا لانه يفيد وجوب الدين في ذمته والقبض يوجب
ملك العين فيمتنع بالاسلام عن تملك الخمر والخنزير وقوله بخلاف المشتري متصل بقوله ان الملك
في الصداق المعين الى اخره يعني بخلاف ما اذا باع الخمر والخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض فانه
لا يجوز له القبض بل ينفسخ له العقد لان المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والاسلام
مانع منه وقوله واذا تعذر القبض في غير المعين ظاهر وقوله ولو طلقها الى اخره يعني قول ابي
حنيفة في المعين لها نصف العين وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر
المثل لا ينتصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب
المتعة بعد الطلاق وعند ابي يوسف لها المتعة على كل حال وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة
على كل حال

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان نكاح من له اهلية النكاح
من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك
يطلق على الواحد والجمع لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما اما الامة فظاهر لان منافع بضعها ملك
المولى فلا يصح العقد عليها بدون اذنه واما العبد ففيه خلاف مالك فانه يجوز نكاحه بدون اذنه
لانه يملك الطلاق وهو ظاهر وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لان الطلاق بسبب النكاح ومن ملك شيئا
ملك سببه الموصل اليه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود
واخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما ولهذا
اذا اشترى عبدا او امة فظهر مزوجا جاز له ان يرده وليس لهما تعييب انفسهما رعاية لحق المولى فلا
يملكانه بدون اذنه وفي هذا التعليل جواب لمالك فان للطلاق ازالة العيب ولا يلزم جواز تعييبهما
انفسهما واستشكل بجواز اقراره بالحدود والقصاص فانه وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص
عيب فيهما على قولهما واما على قول ابي حنيفة فيمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فكيف جاز
ذلك واجيب بان الرقيق في حقوق الله باق على حريته والرق لا يؤثر فيها فان لزم من ذلك تعييب فهو ضمني
لا معتبر به وموضعه الاصول وقوله وكذا المكاتب ظاهر وقوله لما بينا يعني قوله لانه من باب الاكتساب
وقوله فالمهر دين في رقبته يباع فيه لما عرف في الاصول ان ذمته قد ضعفت بالرق فيضم اليه مالية الرقبة
واستدل المصنف بقوله لان هذا دين وجب في رقبته وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم
المصادرة على المطلوب وتقريره هذا دين وجب في رقبته وكل دين وجب في الرقبة يباع الرقبة فيه اما انه
وجب فلتحقق المقتضي وهو وجود السبب من اهله وانتفا المانع وهو حق المولى لصدور الاذن من جهته
واما انه وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة فتباع الرقبة في المهر كما تباع فيه
وقوله دفعا للمضرة عن اصحاب الديون يعني النسا وقوله وليس هذا اجازة لانه اي قوله طلقها او فارقها

يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته تسمى طلاقا ومتاركته الا ترى انه لو قال في النكاح الفاسد طلقتك كان متاركة
واذا احتمل الامرين رجحنا جهة المتاركة لانه اليق بحال العبد المتمرد وقوله او هو اي الرد ادنى لانه دفع والطلاق
رفع والدفع اسهل من الرفع فكان الحمل عليه اولى فان قيل قوله طلقها حقيقة في ايقاع الطلاق المعروف ومجاز في
المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير الى المجاز اجيب بان الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وههنا كذلك وهو
الافتيات على راي المولى وان قال طلقها طلقة رجعية او طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون
الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة فان قيل اذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا من النسا لا يثبت به
العتق واذا كان التكفير بالمال وتزوج الاربع من النسا لا يكون الا بعد الحرية اجيب بان ما كان اصلا في اثبات
الاهلية للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضا كالايمان في خطاب الكفار بالشرائع كما عرف في الاصول وفي اثبات
الاعتاق ذلك بخلاف ما نحن فيه فان النكاح ليس باصل في اثبات الاهلية له وقوله ومن قال لعبده تزوج هذه
الامة صورة المسالة والاصل المذكور ظاهر او تقييده بالاشارة والامة اتفاقي فان الحكم في غير المعينة وفي غير
الامة كذلك ويبنى على هذا الاصل المذكور حكمان احدهما ما ذكره انه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما والثاني
لو تزوجها بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند ابي حنيفة لانتهاء الاذن بالعقد الاول ويصح عندهما ووجه
الجانبين على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر وانما قيد بالمستقبل لانه لو حلف انه ما تزوج امراة في الماضي وكان
تزوج صحيحا او فاسدا حنث في يمينه كذا في المبسوط وقوله كما في البيع يعني انه اذا امره بالبيع مطلقا يتناول
الجائز والفاسد وقوله على هذه الطريقة يريد طريقة اجرا اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان قول الكل فالعذر
لابي حنيفة ان مبنى الايمان على العرف ومن زوج عبدا ماذونا له مديونا جاز والمراة اسوة للغرما اذا كان النكاح
بمهر المثل لما ذكر بقوله ووجه وتقريره ان المقتضي موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها وهو ملك الرقبة والمانع
وهو ملاقاة النكاح حق الغرما مقصود ابالابطال منتف واذا تحقق المقتضي وانتفا المانع ثبت الحكم البتة وانما
قال مقصود الان المانعية انما تتحقق بذلك واما اذا كان ضمنا فلا معتبر به وههنا كذلك لان محلية النكاح بالادمية
وحق الغرما مالية لكن اذا صح النكاح بولاية المولى تحصينا لملكه وجب الدين بسبب لا مرد له لعدم انفكاك النكاح
عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امراة فمهر مثلها اسوة للغرما واما
اذا كان اكثر منه فلا يساويهم بل يوخر الى استيفايهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض قال ومن زوج امته
يبوات للرجل منزلا ويواته منزلا اي هياة ومكنت له فيه ومن زوج امته فليس عليه ان يبوها اي يهيا بيتا للزوج
يبيت اليها لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطيتها وانما يقال ذلك لتحقق التسليم وحاصله وتوضيحه
ان حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيها ولا يلزم ابطال الكثير للقليل مع
امكان تحصيله في غير ابطال الكثير فله ان يبوها وان لا يبوها وان يستخدمها بعد التبوية لكنه يسقط نفقتها كما اشار
اليه بقوله لان النفقة تقابل الاحتباس فان قيل انتفا الاحتباس انما هو لبقا حق المولى في الاستخدام ومثل
ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اي احتبست نفسها عنه لاستيفا الصداق اجيب بان الحرة اذا احبست نفسها
كذلك فالمفوت من قبل الزوج بامتناع ما التزمه وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى فكانت
كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها فان بواها معه بيتا فولدت مع الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لانه مملوك لمولاها ونفقة
المملوك على الوالد المالك وقوله ذكر تزويج المولى يعني ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى عبده وامته
ولم يذكر رضاهما وهذا راجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح ومعنى الاجبار ان المولى لو باشر النكاح بدون
رضاهما نفذ وقوله لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان يعني انه اذا احدر نفع الحد
مهلكا او جارحا ففي الاول هلاك ماله وفي الثاني نقصانه فانه اذا اشترى عبدا قد حد في الزنا فله ان يرده
فيملك الانكاح جبرا اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب
الهلاك او النقصان وليس المانع في جواز الامة جبرا ملكه منافع بضعها لانه لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس
فان الزوج يملك منافع بضع المراة ولا يقدر على تزويجها والولي يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل
به فاسدا فان قيل لو كان الاجبار باعتبار تحصين الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة ولم يجز اجاب بقوله بخلاف
المكاتب والمكاتبة فان الملك لما كان فيهما ناقصا بواسطة تملكهما اليد التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما وههنا
فرع لطيف وهو ان المولى اذا زوج امكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما
ينبني على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى ادت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفا على اجازة المولى لا على اجازتها
لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة والمكاتبة هي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة قال في النهاية وهذه من الطف
المسايل واعجبها حيث اعتبر اجازة المكاتبة في حال رقها ولم تعتبر في حالة العتق لما ذكرنا من الفرق ومن زوج امته

وانما جعلنا ما هو الاصل وهو الشرعية للنكاح … فانه بني على الحرية في صحتها بعد الادمية … النكاح يصح … الصحيح وهو الطلاق الرجعي

كانت قبل الدخول به فان ماتت حتف انفها فعلي الزوج المهر بالاتفاق وان قتلت اجنبي فكذلك وان قتلها مولاها
فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا مهر عليه للمولي قالا المقتول ميت باجله عندنا اهل الحق فلا فرق بين الصور
الثلث وله ان المولي منع المبدل قبل التسليم فيجازي بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة بجازي بمنع البدل عند
عدم تسليمها المبدل وفي قوله بجازي جواب عن سوال تقريره اشارة الي الجواب عما يقال الصغيرة اذا ارتضعت من
ام الزوج زوجها او المجنونة اذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل قبل التسليم حيث يا تنامنه
ولم يسقط المهر وذلك لانهما ليستا من اهل المجازاة وتوقف بالصغيرة العاقلة اذا ارتدت قبل الدخول بجازي بسقوط
المهر فلم يتاتي الصغير المجازاة واجيب بان ترك مجازاة الصغير انما يكون علي افعال غير محظورة والردة محظورة
اذا كانت عاقلة بدليل انها تحرم الميراث بسببها وتستتاب بالحبس والقتل في احكام الدنيا جواب
عن قولهما لان الميت مقتول باجله فان قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وحل
المولي امته بجامع انه منع المبدل قبل التسليم ولنا ان جناية المرء علي نفسه غير معتبرة وقوله حتي تجب الكفارة
عليه يعني اذا قتلها خطا ولذلك يجب الضمان علي المولي ان كان عليها دين والله اعلم قال واذا تزوج امة فالاذن
في العزل الي المولي في هذه المسالة دلالة علي جواز العزل وسيل بن مسعود عنه فقال لا باس به ولو ان الله تعالي اخذ
ميثاق نسمة فلو القيتها في صخرة لخلق منها وروي ابو سعيد الخدري عن النبي صلي الله عليه وسلم مثله وهو ثلاثة
اقسام عزل عن امته المملوكة له ولا اذن فيه الي احد وعزل عن المراة الحرة والاذن في العزل اليها وهذا بالاتفاق
وعزل عن الامة المنكوحة وفي تعيين الاذن اختلاف كما ذكره في الكتاب وهو الاصح وان تزوجت باذن مولاها او زوجها
مولاها ثم اعتقت فلها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته سواء كان زوجها حرا او عبدا وقال الشافعي
ان كان عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها واستدل علي ذلك بما روي ان عائشة لما ارادت ان تعتق
مملوكين لها منا لحين سالت النبي صلي الله عليه وسلم عن ذلك فامرها بالبداة بالغلام قال وانما امرها بذلك ليلا
يثبت لها الخيار ولان الخيار فيما اذا كان عبدا لعدم الكفاءة وهي موجودة في الحر ولنا ان عائشة اعتقت بريرة
فقال لها رسول الله صلي الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري فالتمليك علة لتخيير ملك البضع صدر مطلقا
فينتظم الفصلين الحر والعبد وانما قال فالتخيير لانه من باب قوله سهي فسجد فاما الشافعي فيحتج به فان قيل روي صاحب
السنن باسناده الي عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عائشة ان بريرة خيرها رسول الله وكان زوجها عبدا
وروي ايضا باسناده الي عكرمة عن بن عباس ان زوج بريرة كان عبدا اسود يسمي مغيثا فخيرها رسول الله عليه
السلام وامرها ان تعتد فاني يكون الشافعي به محجوجا قلت روي البخاري ومسلم وابو داود والنسائي
والترمذي وابن ماجه واحمد ان بريرة اعتقت وزوجها حر واذا تعارضت الروايتان تركناهما وصرنا الي ما يدل
عليه لفظ الحديث علي ما ذكرنا وكان محجوجا به وقد سلكنا مسلك الترجيح في التقرير بان المثبت اولي من النافي فليطلب
ثمه قوله ولانه يزداد الملك دليل معقول وقد تقدم بيانه وردبان عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال فلا يزيد
عليها الملك اذا كان الزوج حرا واجيب بان كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي علي ما سيجي فيلزم عليها الزيادة اذا اعتقت
واذا كان حرا ولا نسلم ان امره عليه السلام بالبداة بالغلام كذلك وانما كان لان الظاهر فضيلة الرجال علي النساء فانه لو اعتقها
قال ثبت بالخيار عنده وليس ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة فان الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء الا تري
ان الزوج ان اعسر حتي خرج عن كفوتها لم يكن لها خيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد
ولذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت بغير اذن مولاها ثم اعتقت كان لها الخيار سواء كان الزوج حرا او عبدا الزيادة
الملك عليها وقال زفر لا خيار لها لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود
ههنا فان المهر لها والنكاح ما نفذ الا برضاها ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقها
صح النكاح ولا خيار لها اما صحة النكاح فلوجود المقتضي لصدور الركن الذي هو الايجاب والقبول من اهله لكونها
من اهل العبادة وانتفي المانع لان امتناع النفوذ كان لحق المولي وقد زال واما عدم الخيار فلان النفوذ بعد
العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك وانما خص الامة بالذكر
لتبتني المسالة المتعلقة لا نا في حق العبد ويجوز ان يكون يخصصه بالامة لتفريع مسالة الخيار عليها لانه يتحقق
بالاماء دون العبيد قوله فان كانت تزوجت بغير اذنه ظاهر وانما قال في صورة المسالة بان المسمي الف ومهر
المثل مائة ليعلم ان المسمي والزائد علي مهر المثل هو للمولي اذا كان الدخول قبل العتق وكان ينبغي ان يكون ما
نوازي مهر المثل للمولي وما زاد للمراة لان مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولي
فكان قيمته له لا الزائد علي قيمة ملكه وجوابه ما ذكر في الكتاب بقوله والمراد بالمهر الالف المسمي لان نفاذ العقد
بالعتق استند الي وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمي للمولي ان اعتقها بعد الدخول وللامة ان

اعتقها

اعتقها قبله فان قيل كيف يستند الجواز الي وقت العقد والمانع عن الاستناد قايم لان المانع من الجواز هو الملك
والملك قد زال بالعتق مقتصر الا تري ان المراة اذا حرمت حرمة غليظة علي زوج كانت له قبل ذلك وتزوجت بغير
اذن المولي فدخل بها فاعتقها المولي لا يحل علي زوجها الاول باعتبار ان العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي
كان قبل العتق اجيب بان ما ذكرته قياس فان القياس هو ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح
وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمي لما ذكرته من وجود المانع عن الاستناد الا انهم استحسنوا فقالوا يلزمه
مهر واحد وهو المسمي وقت العقد لانه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا
بالدخول مضافا الي العقد فايجاب مهر اخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع وهذا كما تري لا يجدي
لان المانع من الاستناد علي ما ذكره من المسايل لم يزل والاولي ان يقال ليس المانع من الجواز الاستحقاق الملك
وانما هو الحاجة الي الصيانة عن الاضرار بالمولي فمتي اعتقها المولي فقد خلا هذا النكاح عن الاضرار بالمولي من
وقت وجوده فثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر اخر بالوطي في نكاح موقوف
الي اخره واجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة لان امتناع حلها علي زوجها الاول انما كان لان الاستناد يظهر في
القايم لا في المتلاشي والمستوفي بالوطي متلاش فان قيل القول بالاستناد ينتقض بالمسالة الثانية وهي قوله
وان لم يدخل بها حتي اعتقها فالمهر لها واذا استند الجواز الي اصل العقد يجب ان يكون المهر للمولي كما لو تزوجت
باذن المولي ولم يدخل بها الزوج حتي اعتقها اجيب بان عمل الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما يختلف
وههنا يختلف لان المستحق زمان الثبوت هو الامة وزمان العقد لانه لو استند هذا الاستحقاق الي زمان العقد
يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت قال ومن وطي امة ابنه ومن
وطي جارية ابنه فولدت منه فهي ام ولده وعليه قيمتها دون المهر وانما قال ومعني المسالة ان يدعيه الاب لان
محمدا لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير ووجهه ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الي البقاء لما روت عائشة رضي
الله عنها ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال ولد الرجل من كسبه فكلوا من اموالهم وروي عمرو بن شعيب عن ابيه
عن جده ان النبي عليه السلام قال ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وغير ذلك وكما ان له ولاية
تملك مال ابنه للحاجة الي البقاء فله ولاية تملك جارية للحاجة اي صيانة الي كبقاء النفس لما وجب عليه القيمة كما
في الطعام اجاب بقوله غير ان الحاجة الي ابقا نسله دونها الي ابقا نفسه ولهذا لا يجبر الولد علي اعطاء الجارية
والده للاستيلاد لكونه غير ضروري فلهذا ايتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة فان عورض بان الاستيلاد
يعتمد الملك كما في المملوكة او حق الملك كما في المكاتبة وليس شي من ذلك بموجود اجاب بقوله ثم هذا الملك يثبت قبل
الاستيلاد شرطا له اذ المصحح يعني الاستيلاد اما حقيقة الملك او حقه علي ما ذكرنا وكل ذلك غير ثابت للاب فيها
حتي يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه لانه يعد ما علق الابن لولد احتاج الاب الي صيانته عن الضياع وذلك
بثبوت النسب ولا ثبوت له بدون ذلك فقدم اقتضاء تقديم الشرط علي المشروط واذا قدم كان الوطي واقعا
في ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد فانه سقط الاحصان
بهذا الوطي ولو كان في الملك لما سقط وحد قاذفه ونفاسه بالجارية المشتركة فانه اذا استولدها وجب عليه العقر
والمسالة معروفة يعني في شروح الجامع الصغير وغيرها ان الملك عندنا يثبت قبل الاستيلاد شرطا وعنده
بعده حكما له والذي ذهبنا اليه هو الصواب لانا قد اتفقنا علي ان استيلاد الاب جارية ولده صحيح ومن شرط
صحته وقوع الوطي في الملك حتي لو خلا عنه اصلا لم يصح كما في جارية الاجنبي فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة
وصيانة للولد عن الرق وعورض بان الجارية المشتركة بين الاب والابن اذا ولدت فادعاه الاب ثبت النسب
ويجب العقر مع قيام نوع ملكه وذلك يدل علي ان الملك لم يثبت سابقا علي الوطي وبانه اذا وطيها غير معلق وجب
العقر ولو ثبت الملك قبله لما وجب وبانه اذا وجب قذفه انه لا يجد ولو ثبت الملك قبله لحد واجيب عن الاولي
انما قدم الملك احترازا عن وقوع الاستيلاد في غير الملك حكما وفي تلك المسالة له نوع من الملك قايم فلا يحتاج الي
تقديمه وعن الثانية بان اثبات الملك بصفة التقدم كان ليصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق
وهذا المجموع ليس بموجود ههنا وعن الثالثة بان تقدم الملك اجتهادي فكان فيه شبهة يندري بها الحد ولو كان
الولد زوج جارية اياه اي اباه فولدت لم تصر ام ولد ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لانه صح التزوج عندنا وقال
الشافعي لا يصح لان للاب حق الملك في مال ولده حتي لو وطي جارية عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد وكل من له حق الملك
في جارية لا يجوز تزوجه اياها كالمولي اذا تزوج امة من كسب مكاتبه لان حقه في مال ولده اظهر الا يري ان استيلاده
في جارية الابن صحيح واستيلاد المولي امة مكاتبه غير صحيح ولنا ان امة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن
ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطي ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة ومن المحال ان يملكها الاب بوجه

من الوجوه ولا لما كان الابن ملكها من كل وجه لكن خلف باطل وكذا ايملك الابن من التصرفات مالا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل على انتفا ملكه و قوله الا انه يسقط الحد للشبهة لو كان هذا جواب عن قول الخصم لو وطي جارية عالما بحرمتها عليه لم يحد ولم يذكره في الكتاب واذا كان خاليه عن ملكه صح النكاح واذا صح النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين لعدم الحاجة اليه فلا تصير ام ولد وقال زفر تصير ام ولد لانه لو استولدها بغير نكاح صارت ام ولد له فاذا استولدها بالنكاح او شبهة نكاح اولى ان تصير ام ولد له ولنا ما ذكرنا ان ماءه صار مصونا بالنكاح فلا حاجة الى ملك اليمين لان اثباته لم يكن الا لصيانة الما و قوله ولا قيمة عليه فيها ظاهر و قوله واذا كانت الحرة تحت عبد وانما قال الا الفاظ تنبيه على ان قوله تصح العتق عنه اي عن الامر و قوله اعتق طلب التمليك منه تقديره اعتق عبدك الذي هو لك في الحال عني بيعك لي اياه بطريق الوكالة على ان يكون امرا باعتاق عبد الامر عنه و قوله اعتقت يعني قوله بعت منك واعتقته عنك فان قيل لو صح البيع لم يقع العتق الا عن المامور بالاتفاق فلا يكون المقتضي اقوى من المصرح به اجيب بان الشي قد يثبت ضمنا وان لم يثبت صريحا كبيع الاجنة في ارحام الامهات يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا واذا ثبت الملك للامر فسد النكاح للتنافي بين الملكين على ما مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها فان قيل وجب ان لا يبطل النكاح ههنا وان ثبت ملك اليمين لوجهين احدهما ان الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضا والثابت به ضروري يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتادى الى فساد النكاح والثاني ان الملك ههنا كما يثبت يزول لحكم الاعتاق ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشري اذا اشترى منكوحة لموكله لا يفسد النكاح لان الملك كما ثبت زال اجيب عن الاول بان الشي اذا ثبت يثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم لازم وعن الثاني بان الملك يثبت للموكل ابتدا او هو مختار شمس الايمة وابي طاهر الدباس سلمنا ان الملك يثبت للوكيل لكن انما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك و قوله لانه يعني ابا يوسف تقدم التمليك بغير عوض هبه تصحيحا لتصرفه اي لتصرف الامر لان تصحيح كلام العاقل واجب مهما امكن وقد امكن ههنا باسقاط اعتبار القبض لانه شرط وقد امكن ذلك باسقاط القبول الذي هو الركن فلان تمكن باسقاط الشروط اولى فصار كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل سقط عنه الكفارة من غير تفرقة بين ما اذا كان الطلب بعوض او بغيره ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصح الهبة الا مقبوضة فلا يمكن اسقاطه والثابت ابتدا اقتضا وقوله اسقاطه ولا اثباته اشارة الى ان فيه طريقين احدهما ان يسقط القبض كما يسقط القبول والثاني ان يجعل القبض مقبولا موجودا تقديرا و قوله لانه فعل حسي يعني انه ليس من جنس القول فلا يمكن ان يكون ثابتا في ضمن قوله اعتقت هذا بالنسبة الى الاثبات واما بالنسبة الى الاسقاط فيقال لانه فعل حسي والفعل الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فانه تصرف شرعي فيصح ان يثبت في ضمنه و قوله وفي تلك المسله اي في مسله الامر بالاطعام الفقير ينوب عن الامر في القبض كالفقير في باب الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شي لان الاعتاق اتلاف للملك وتمام تقريره هذه المسله يطلب في التقرير لما ذكر باب الرقيق ذكر باب نكاح اهل الشرك للمناسبة التي ذكرنا وذكر من هو ادون منزلة واخس منه رتبة وهم اهل الشرك الذين لا كتاب لهم واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه فيه بعده كا فرلانه لو كان في عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه نظر لان اهل الشرك ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى يكون في عدته ويجوز ان يصور بان اشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة مسلم وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد في الوجه الاول وهو التزوج بغير شهود كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني وهو التزوج في عدة كافر اخر كما قال زفر الخطابات كقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود ونحوه عامة كما مر من قبل فيلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا كما تركناهم وعبادة الصنم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواهم ولهما ان حرمة المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها فان مالكا وابن ابي ليلى يجوزانه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات وكنا لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة واذا ترافعا او احدهما او اسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم واما اذا كان الاسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا يفرق بينهما بالاجماع ولابي حنيفة ان حرمة النكاح انما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه وثبوت العدة اما ان تكون للشرع او للزوج لا سبيل الى الاول لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولهذا لا يتعرض لهم في الخمر والخنزير ولا الى الثاني لانه لا يعتقده لان هذا الوضع على ذلك الغرض وكان النكاح وقع ابتدا صحيحا

لوجود

لوجود المقتضي وهو صدور الركن من اهله مضافا الى محله وانتفا المانع بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم فان المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة واذا صح ابتدا لا يفسخ بالاسلام والمرافعة لان ذلك حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها ولهذا الوجه الشهود لم يبطل النكاح وكذا العدة لا تنافي حالة البقا كالمنكوحة اذا وطيت بشبهة يجب عليها العدة صيانة لحق الواطي ولا يبطل النكاح القايم وهذا الكلام يشير الى ان العدة لا تجب على الكافر وهو الاصح وقال بعضهم تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بنا على اعتقادهم كالاستبرا فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا في الابتدا وحالة الاسلام والمرافعة حالة بقا وهي لا تستلزم الشروط ولا تنافي العدة على ما قلنا فان تزوج المجوسي احدى محارمه او جامعها ثم اسلم احدهما او ترافعا فرق بينهما لو اما دام على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما باعتبار ان لنكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما في المعتدة واذا اسلم وجب التعرض به والتفريق وكذلك بالمرافعة واما عنده فله حكم الصحة في الصحيح بنا على ما ذكرنا ان الحرمة اما ان تكون للشرع او للزوج الى اخره وقوله في الصحيح احتراز عن قول مشايخ العراق ان له حكم الفاسد عنده لانه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء و قوله الا ان المحرمية جواب عن هذا التشكيك ووجهه ان المحرمية تنافي بقا النكاح كما لو اعترضت على نكاح المسلمين رضاع او مصاهرة فيفرق بينهما بخلاف العدة لانها لا تنافيه كما مر ثم باسلام احدهما تفرق بينهما بالاتفاق وكذلك بمرافعة احدهما وطلب حكم الاسلام عندهما لان اسلام احدهما كاسلامهما في جواز التفريق فكذلك رفع احدهما يكون كرفعهما لانه برفعه انقاد بحكم الاسلام كما اذا اسلم واما عند ابي حنيفة فلا تفرق برفع احدهما لان الاخر قد استحق باعتقاده بقا هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الاخر اذ لا يتغير به اعتقاده ولا يعارضه بخلاف الاسلام فان اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى واما اذا ترافعا فلا بد من التفريق بينهما بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضي اولى بذلك لعموم ولايته و قوله ولا يجوز ان يتزوج المرتد واضح وقوله بل لمصالحه يريد به السكن والازدواج والتوالد والتناسل و قوله فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر اي كافر كان واجيب بان هذا محمول على حالة البقا بان اسلمت المراة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد حتى ولدت بولد وقوله والتي فيه نحا لغنا فيه اي في جعل الولد تبعا للكتابي للتعارض جعله تابعا للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعا للمجوسي يوجب حرمة ذلك فوقع التعارض اذ الكفر ملة واحدة والترجيح للحرام ونحن بينا الترجيح وهو قوله لان فيه نوع نظر فان قلت على ما ذكرت كل واحد مما هو من الخصم ذهب الى نوع ترجيح فمن اين نقوم الحجة سلمت ترجيحا يدفع التعارض ونرجحه يرفعه بعد وقوعه والدفع اولى من الرفع لانه ليس من واقع لا يرفع فافهم و قوله واذا اسلمت المراة وزوجها كافر طلق الكفر في قوله وزوجها كافر لعدم بقا نكاح المسلمة مع اي نكاح كافر كان وقيد الزوجة بالمجوسية لانها اذا كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح و قوله كما في الطلاق يريد ان معنى الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع الا بعد انقضا العدة وقوله الى ان تحيض ثلث حيض ويجوز ان يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل للتفريق وما لم يعتبر لها يعتبر فيه الحيض كما في الاستبرا ولنا ان المقاصد بالنكاح قد فاتت وتقريره باسلام المراة او زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح وفواتها وهو حادث لا بد له من سبب فاما ان يقال يكون هو الاسلام او الكفر من بقي عليه لا سبيل الى الاول لانه طاعة لا تصلح سببا لفوات النعم ولا الى الثاني لان الكفر من بقي على كفره قد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتدا ولا فواتها بقا فلا بد من امر اخر غيرهما فعرض الاسلام ليحصل المقاصد به ان اسلم او يثبت ما يصلح لذلك وهو الابا فان الابا عنه صالح لسلب النعم واذا اضيف الفوات الى الابا اضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة مضافة الى الابا وفي كلام المصنف نوع اغلاق لانه لا يلزم عليه ان يقال فوات المقاصد تصلح سببا تنبني عليه الفرقة فلا حاجة الى العرض لكن اذا تاملت فيما ذكرته حق التامل ازال عنك الشبهة ولما فرغ من البحث مع الشافعي شرع فيه مع ابي يوسف ان الفرقة في الوجهين لا يكون طلاقا ووجه قوله ما ذكره ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان على معنى انه يتحقق منهما وهو الابا وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا يكون طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك احد الزوجين الاخر والواقعة بالمحرمية ولهما ان الزوج امتنع بالابا عن الامساك بالمعروف مع قدرته على الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التسريح باحسان كما في الجب والعنة و قوله مع قدرته عليه في الاسلام زيادة تاكيد واري ان تركه كان افضل لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة و قوله اما المراة فليست باهل الطلاق واضح و قوله فانه الردة والمطاوعة بفتح الواو يعني انها اذا ارتدت والعياذ بالله او مكنت ابن زوجها فان كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتاكده بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها و قوله واذا اسلمت المراة في دار الحرب ظاهر و قوله

والعرض على الاسلام متعذر من باب عرضت الناقة على الحوض من القلب الذي لا يسمع عليه الا افراد البلغاء
فاقمنا شرطها اي شرط الفرقة وهو مضي الحيض الثلث ان كانت ممن تحيض او ثلاثة اشهر ان لم تحض مقام سبب
الفرقة قال في النهاية وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج الاسلام وكانه اراد انه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم
ان سبب الفرقة هو الاباء وقوله كما في حفر البير يعني في قيام الشرط مقام السبب وذلك لان الاصل اضافة التلف
الى سبب الواقع في البير التي حفرت على قارعة الطريق لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكونه طبيعيا لا يعدي فيه ثم
اضافته الى السبب وهو المشي وقد تعذرت كذلك لان المشي في الطريق مباح لا محالة فاضيفت الى الشرط وهو
حفر البير لانه لم يعارضه العلة والسبب وله شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه بعد لانه في غير
ملك الحافر وموضعه اصول الفقه ثم المراة اذا كانت المسلمة فهي كالمهاجرة على ما سياتي حكم المهاجرة واذا كان الزوج
هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق ولا فرق بين المدخول بها عندنا وان فيه يفصل على كما مر له في دار الاسلام موقوفه
فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال وان كان بعده بعد انقضت المدة ولنا ان هذه الحيض لاجل الفرقة
لا للعدة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها وهذا لان الزوج في صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق
فجاز ان تعتبر السبب في الحال اذا كان قبل الدخول فلا يحتاج الى مضي الحيض واما ههنا فالفرض انه لم يباشره
فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان فيها واذا وقعت الفرقة والمراة حربية فلا عدة بالاجماع لان حكم الشرع
لا يثبت في حقها وقوله وان كانت هي المسلمة ظاهر وقوله فلان تبقى اولى لان البقاء اسهل من الابتداء فكم من
شيء يتحمل في النكاح حالة البقاء وان لم يتحمل في الابتداء الا يرى ان المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى
منكوحة ولا يجوز نكاح المعتدة من وطي بشبهة ابتداء قال واذا خرج احد الزوجين صورة المسلة ظاهر
والحاصل كذلك وتقرير دليله ان التباين اثره في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يوثر في الفرقة كالحربي
اذا دخل دارنا بامان فان ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله وكالمسلم
اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته انقطعت ولم يوثر في الفرقة وهذا ابطال دليل الخصم وقوله اما السبي فيقتضي
الصفا للسابي ولا يتحقق الصفا له الا بانقطاع النكاح ولهذا اي ولان السبي يقتضي الصفا فيسقط الدين
عن ذمة المسبي لاثبات المذهب ولنا ان المصالح لا ينتظم مع التباين حقيقة وحكما يعني ان انتظام المصالح وما ياتي
انتظام المصالح يقطع النكاح كالمحرمية فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وبالحكم
ان لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا الاثبات المذهب
وقوله والسبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء ولهذا لو زوج امته جاز فكذا بقاء ولهذا لو
كانت المسبية منكوحة مسلم او ذمي لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر كالمحرم وغيره سوا كما اذا تقرر
بالمحرمية والرضاع وقوله وصار اي صار السبي كالشرا من حيث ان النكاح لا يفسد بالشرا فكذلك بالسبي
لعدم المنافاة وقوله ثم هو اي السبي يقتضي الصفا اي سلمنا ان السبي يقتضي الصفا لكن في محل عمله وهو المال
حتى يثبت الملك في رقبة المسبي لكن في على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لان ذلك ليس محل عمله لان ذلك
من خصائص الادمية لا المالية وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي
لان الدين في الذمة وهي في محل عمله لانها هي الرقبة وقوله وفي المستامن جواب عن قوله كالحربي المستامن او المسلم
المستامن وكان قد احترز بقوله حكما عن ذلك فان التباين وان وجد في المستامن حقيقة لكنه لم يوجد حكما
لقصده الرجوع واذا خرجت المراة الينا مهاجرة اي تركت ارض الحرب الى ارض الاسلام وخرجت مسلمة او
ذمية على قصد ان لا يرجع الى ما هاجرت عنه ابدا جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها
العدة لان الفرقة وقعت بعد ان دخلت في دار الاسلام وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الاسلام كالمسلمة
والذمية ولابي حنيفة ان العدة لاظهار خطر ملك النكاح ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية
بالاتفاق فان قيل لو لم يكن لملكه خطر لما وجبت اذا خرجت حاملا اجيب بانها لا تجب عليها العدة ولكنها لا تتزوج
لان في بطنها ولدا ثابت النسب فان قيل الهجرة اورثت تباين الدارين وهو لا يربو على الموت ولو مات
وجبت العدة فلتجب معها ايضا اجيب بان الموت لا يوجب سقوط الحرمات حكما فلزمتها العدة بحكم الملك
واما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول حكمه مكنه لا الى اثر وحاصله ان التباين يربو على الموت
الا ترى انه يمنع التوارث والموت يوجبه ولو خرجت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها رواه محمد عن ابي حنيفة
لان حملها ثابت النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع ايضا احتياطا كام الولد اذا
ولدت حملت من مولاها لا تتزوج حتى تضع وروي ابو يوسف والحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يصح النكاح ولا
يقربها زوجها حتى تضع حملها لانه لا حرمة للحربي بجوزه اولا كما في الحبل من الزنا فانه لا حرمة لماء الزاني قيل

والاول

والاول اصح لانه حمل ثابت النسب بخلاف الحمل من الزنا وتحقيقه ان الحمل من الغير يمنع الوطي مطلقا وثابت
النسب محترم فيمنع النكاح احتياطا دون غيره قال واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام اذا ارتد احد
الزوجين والعياذ بالله وقعت الفرقة بينهما سوا كان دخل بها او لم يدخل وعند الشافعي ان لم يدخل
بها فلذلك وان دخل بها فحتى تنقضي ثلاثة حيض بناء على ما ذكرنا له من تاكد النكاح وعدم تاكده
وكانت الفرقة بغير طلاق حتى لا ينقص عدد الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان
كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وان كانت من المراة فبغير طلاق هو يعتبرها بالاباء والجامع ما بيناه
يعني قوله انه بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف وابو يوسف مر على ما اصلناه في الاباء وهو ان الفرقة سبب
يشترك فيه الزوجان والطلاق مما يختص بالزوج وابو حنيفة فرق بين الاباء والارتداد فجعل الفرقة بالاباء
طلاقا دون الردة ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة لانها تبيح النفس والمال وتبطل الملك
والنكاح والطلاق ليس بمناف للنكاح لانه رافع له بعد تحققه مسببا عنه والمسبب عن الشي الرافع له لا ينافيه
فلا يكون الردة طلاقا بخلاف الاباء لانه تفوت الامساك بالمعروف وليس بمناف للنكاح فيجب التسريح بالاحسان
على ما مر واعترض بوجهين احدهما ان الردة لا تنافي ملك العين بل يصير موقوفا فان ملك النكاح لا يكون
كذلك والثاني ان الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امراته بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع
بالاتفاق والجواب عن الاول ان ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء والردة تنافي النكاح ابتداء
فكذا بقاء وتوقف تحصيل ملك العين بالشرا ابتداء فكذا بقاء وعن الثاني ان وقوع الطلاق تابع لامكان
ظهور اثره وكان معتبرا بخلاف المحرمية فان المحلية غير منصورة ابدا فلا يمكن ظهور اثره وعن هذا قالوا
اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المراة طلاق لان تباين الدارين مناف للنكاح فكان
منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق
لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع واذا ارتدت المراة
ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند ابي حنيفة لان العدة قد سقطت عنها عنده لفوات
المحلية لان من كان في دار الحرب فهو كالميت عنده في حقنا وبنا الشي في غير محله مستحيل والعدة متى
سقطت لا تعود بسببها بخلاف الفصل الاول لان العدة هناك باقية ببقاء محلها لانها في دار الاسلام
الا ان تباين الدارين كان مانعا من وقوع الطلاق فاذا ارتفع المانع والعدة باقية يقع وقال
ابو يوسف يقع الطلاق لان العدة باقية عنده وقوله ولهذا تتوقف الفرقة توضيح لكون الردة
منافية للطلاق دون الحاجب الاباء وقوله ثم ان كان الزوج ظاهر ولا نفقة متعلقة بقوله
وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها لا الى ما يليه لان المسلة اذا كانت غير مدخول بها ووقعت
الفرقة لا تجب النفقة على زوجها بحيث لا يرتاب في عدم وجوب النفقة في المرتدة اذا كانت غير مدخول
بها وقوله لان الفرقة من قبلها معنى وكانت كالناشزة ولا نفقة لها وقوله وان ارتدا معا واصح وجهه
ما روي ان بني حنيفة وهم حي من العرب ارتدوا ومنعوا الزكاة وبعث اليهم ابو بكر الصديق رضي الله عنه
الجيوش فاسلموا ولم يامرهم بتجديد الانكحة والصحابة متوافرون فحل ذلك محل الاجماع معولا به القياس
فان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة اجاب بقوله والارتداد وقع منهم معا حكما لجهالة التاريخ فان
التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شي على شي وانما يجعل في الحكم كانه وجد جملة واحدة ولو اسلم احدهما بعد
الارتداد اي بعد ارتدادهما فسد النكاح لاصرار الاخر على الردة لكونه منافيا كابتدائها على ما تقدم ان
كانت المراة هي التي اسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا وان كان الزوج فلا شي لها لان الفرقة جاءت
من جانبها بالاصرار على الردة وان كان الاصرار بعد اسلام الاخر كانشا الردة والله اعلم
لما ذكر جواز تعدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة لكن اعتراض
ما هو اهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجع الى امر الزوج وغيرهم اوجب تاخيره والقسم بفتح
القاف قسم القسام المال بين الشركاء فرق بينهم وعين انصباءهم ومنه القسم بين النساء وقد وقع في اكثر النسخ
واذا كان للرجل امراتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او احداهما بكرا والاخرى ثيبا
لقوله صلى الله عليه وسلم ... كانتا بنتا تابع اسناده الى الموثق الحقيق لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي
اليوم امراة وكلامه واضح وقوله ولا فصل فيما روينا يعني بين البكر والثيب والقديمة والجديدة سوا
لا طلاق ما روينا من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة وقال الشافعي ان كانت الجديدة بكرا
يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلاث ثم التسوية بعد ذلك لحديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال يفضل البكر بسبع والثيب بثلاث والحاصل ان الاختلاف في موضعين في التفرقة بين البكر والثيب

وفي تفضيل الجديده علي القديمه فنفي المصنف الاول بقوله ولا فصل فيما روينا والثاني بقوله لاطلاق ما روينا
علي التفضيل بالبداة دون الزيادة كما ذكر في حديث ام سلمة انه عليه السلام ان شيت سبعت لك وسبعت لهن
ونحن نقول للزوج ان يبتدي بالجديده ولكن يشترط ان يسوي بينهما ولان القسم من حقوق النكاح كالنفقه
ولا تفاوت في ذلك بين البكر والثيب والجديده والقديمه كما لا تفاوت بين المسلمه والكتابيه والكبيره
والمراهقه والعاقله والمجنونه والمريضه والصحيحه لمساواة بينهما في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت
بالنكاح ولذلك في طرف الرجل المجبوب والخصي والعنين والرجل الذي لم يحتلم اذا دخل بين امراتين يجب
عليهم القسم و ... والاختيار في مقدار الدور للزوج ظاهر وقوله بذلك ورد الاثر يعني ماروي عن علي
رضي الله عنه انه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولم يروعن احد خلافه فحل محل الاجماع ولان
ولان حل الامه انقص من حل الحره بدليل عليه انه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وانما يحل قبلها ... اصول
الفقه فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق لان الحكم يثبت بقدر دليله والمكاتبه والمدبره وام الولد بمنزلة
الامة لان الرق فيهن قايم فيكون لهن الثلث من القسم كالامة وقوله ولا حق لهن في القسم حالة السفر
هذا الكلام مشتمل علي ثلاث مسايل احدها ان القرعه مستحبه عندنا وعند الشافعي مستحقة والثانيه انه
اذا سافر بواحدة من غير قرعه ثم رجع هل للباقيات ان يحتسبن تلك المدة اولا عندنا ليس لهن ذلك خلافا ف
له وهذا بناء علي الاولي لان الاقراع اذا كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره نوبة التي كانت معه فينبغي
ان يكون عند الاخري مثل ذلك ليتحقق العدل وكذا نقول وجوب التسويه في ... وجوب القسم عليه
وفي حالة السفر ليس يستحق فلا يجب التسويه فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها والثالثة ان بعضهن
ان رضيت بترك قسمها لصاحبتها جاز وان رجعت في ذلك فكذلك وكلامه واضح و ... لانها اسقطت حقا
لم يجب بعد فلا يسقط توضيحه ان الاسقاط في القايم لان ما ليس كذلك كان الرجوع عنها امتناعا لا اسقاطا

كتاب الرضاع

فكانه بمنزلة العاريه وللمعير ان يرجع متي شا لما قلنا فكذا لهذا ... لم يذكر
عامة مسايل الرضاع في فصل المحرمات واتي بكتاب له علي حدة لما ان له احكاما جمة مخصوصة به لا يشاركه فيها
غيره وسبب الحرمه بالرضاع الجزئيه بنشور العظم وانبات اللحم كالحرمه بالاعلاق في حرمة المصاهرة وكما ان
الاعلاق امر خفي وله سبب ظاهر اقيم مقامه وهو الوطي كذلك النشور العظم وانبات اللحم امر خفي له سبب ظاهر
وهو الارضاع فاقيم مقامه فالرضاع بفتح الراء هو الاصل وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدي وفي
الشريعه عبارة عن مص شخص مخصوص وهو ان يكون صبيا رضيعا من ثدي مخصوص وهو ثدي الادميه في وقت
مخصوص علي ما يذكر فيه بعد وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم عندنا وقال
الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله صلي الله عليه وسلم لا تحرم المصة
ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع ووجه
الاستدلال به انه يدل علي ان القليل منه غير محرم واما ان يكون منحصرا في خمس مشبعات فليس له دلالة علي
ذلك لكنه انتفي به مذهب خصمه ثبت مذهبه لعدم القايل بالفصل وفيه نظر لان من اصحاب الظواهر من يقول
ثلاث رضعات مشبعات ولو تمسك بحديث عايشه رضي الله عنها كان فيما انزل عشر رضعات معلومات تحرمن
وكان ذلك ما يتلي بعد رسول الله صلي الله عليه وسلم كان ادل علي المطلوب لكن قولها ما يتلي بعد رسول الله بضعفه
لانه لا نسخ بعده ولنا قوله تعالي وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وقوله صلي الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
من غير فصل يعني في الكتاب والسنه والزيادة علي الكتاب بخبر الواحد لا يجوز علي ما عرف وقوله ولان الحرمه وان
كانت بشبهة البعضيه دليل معقول يتضمن جواب سوال مقدر تقديره تحريم الرضاع باعتبار انشار العظم وانبات
اللحم وليس ذلك القليل وتقرير الجواب الحرمة وان كانت بشبهة البعضيه الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه
امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وقوله وما رواه جواب عن استدلال الخصم فان ما رويتم اما مردود بالكتاب
لان العمل به اقوي علي تقدير ان يكون الكتاب قبله او منسوخ ان كان بعده والانشار بالراء الاحياء وفي التنزيل
ثم اذا شاء انشره ومنه لا رضاع الا ما انشر العظم وانبت اللحم اي قواه وشده كانه احياه ويروي بالزاي اي
المرتفع و ... وينبغي ان يكون في مدة الرضاع ظاهر وقوله لان الحول حسن للتحول من حال الي حال باعتبار حولان
الحول الموجب لتغير الطباع ولا بد من الزيادة علي الحولين لما تبين يعني في وجه قول ابي حنيفه فيقدر اي الزيادة
به اي بالحول ولهما قوله تعالي وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ووجه الاستدلال ما ذكره انه جعل مدة الحمل والفصال
ثلثين شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقوله عليه السلام لا رضاع بعد حولين ولابي حنيفه هذه
الايه يعني قوله تعالي وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ووجه ما ذكره ان الله تعالي ذكر شيين يعني الحمل والفصال وضرب لهما
مدة

وهو قوله ثلاثون شهرا وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما في الاجل المضروب للدينين مثل ان تقول
لفلان علي الف درهم ولفلان الف درهم الي شهرين يكون الشهران اجلا لكل واحد من الدينين بكماله الا انه قام
المنقص في احدهما يعني الحمل وهو حديث عايشه رضي الله عنها الولد لا يبقي في بطن امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل
فان قلت هذا المنقص علي تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز اجيب بان الكتاب مأول فان علماء اهل
التفسير رحمهم الله جعلوا الاجل المضروب للدينين متوزعا عليهما فلم يكن دلالة الكتاب علي ما استدل به المصنف
قطعيه ويويده ما روي ان رجلا تزوج امراة فولدت لستة اشهر فجي بها الي عثمان رضي الله عنه فهم برجمها
فقال ابن عباس رضي الله عنهما ان خاصمتكم بكتاب الله تعالي خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالي يقول وحمله وفصاله
ثلاثون شهرا وقال والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فحمله ستة اشهر وفصاله حولان فعند ذلك واذا لم يكن دلالته
علي ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسيلة فرعيه بابن سوله ولا بعد فيه ولانه لا بد من تغير الغذا لينقطع الانبات
باللبن ويحصل بغيره ابقا لحيوته وذلك اي التغيير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره لان الفطم عن اللبن دفعة من
غير ان يتعود غيره مهلكه وهذا الذي وعده المصنف لزفر لكنه قدره بسنه كما في العنين وقدرناه بادني مدة الحمل لانها
مغيره فان غذا الجنين تغاير غذا الرضيع فان غذا الجنين كان غذا امه ثم صار لبنا خالصا كما ان غذا الرضيع تغاير غذا
الفطيم لان غذا الرضيع اللبن وغذا الفطيم اللبن مرة والطعام اخري لانه يفطم تدريجا فكان الحاصل انه لا بد
من تغير الغذا وتغيير الغذا بستة اشهر فلا بد من ستة اشهر و ... والحديث محمول يعني قوله عليه السلام لا رضاع
بعد حولين محمول علي مدة الاستحقاق واليه اشار المصنف الاستحقاق لان بعضهم قال المراد من لا رضاع بعد
حولين لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم عن استحقاق الاجره وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاع
في حق استحقاق الاجره علي الاب مقدرة بحولين عند الكل حتي لا تستحق المطلقه اجرة الرضاع بعد الحولين بالاجماع
وهذا لان قوله عليه السلام لا رضاع نفي الجنس وعينه قد يوجد بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملا
فلم يكن حجه وعليه اي وعلي الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب يعني قوله تعالي والوالدات يرضعن اولادهن
حولين كاملين بدليل قوله بعده فان ارادا فصالا عن تراض فانه تعالي ذكره بحرف الفا معلقا له بالتراضي ولو
كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لانه لا اثر للتراضي في ازالة المحرم شرعا و ... واذا مضت يعني مضت
مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سوا فطم اولم يفطم واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام الا في رواية عن ابي حنيفه
حتي لو فطم صبي قبل الحولين او قبل ثلثين شهرا عند ابي حنيفه ثم ارضعته امراة قبل ان تمضي عليه مدة الرضاع
تعلق به التحريم في ظاهر الروايه دون روايه الحسن اذا استغني عنه وما في الكتاب ظاهر ومن الناس من سوي
بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الروايه دون رواية الحسن اذا استغني عنه
وما في الكتاب ظاهر ومن الناس من سوي بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تمسكا بظواهر النصوص
وهو فاسد لان المذكور في ظواهر الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محاله والكبير لا يسمي رضيعا وروي ان ابا
موسي الاشعري رضي الله عنه سيل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم ابو عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
فسالوه عن ذلك فقال اترون هذا الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ اباموسي قال لا تسالوني عن شي ما دام هذا الحبر بين
اظهركم وقد اتفقت الصحابه علي هذا قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب لقوله لما روينا من قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المصنف وهو قوله
و ... الا ام اخته من الرضاع جاز ان يتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل اخت من الرضاع ولها ام من النسب
فانه يجوز ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من النسب وجاز ان يتعلق بالام مثل ان يكون له اخت من النسب
ولها ام من الرضاعه فانه يجوز ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من الرضاعه وجاز ان يتعلق بها جميعا مثل
ان يجتمع الصبي والصبيه الاجنبيان علي ثدي امراة اجنبيه وللصبية ام اخري من الرضاعه فانه يجوز
لذلك الصبي ان يتزوج ام اخته التي كانت الام من الرضاعه التي انفردت بها رضيعا وقوله لما روينا اشاره
الي قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و ... لاسقاط اعتبار التبني فان حليلة الابن المتبني
كانت حراما في الجاهلية فان قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة ابن الرضاع او لاسقاطهما جميعا وما وجه ترجيح
جانب حليلة الابن المتبني قيل لئلا يلزم التدافع في موجب الكتاب والسنة المشهورة و ... ولبن الفحل من باب اضافة
الشي الي سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل وكلامه واضح وقوله عليه السلام لعايشه رضي الله عنها ليلج عليك افلح
فانه عمك من الرضاعه دليل واضح علي ذلك فان عايشه رضي الله عنها ارتضعت من امراة ابي قعيس وكان اخو
ابي قعيس افلح فلما كانت تلك المراة امها كان زوجها اباها واخو الزوج عمها لا محاله وروي انها قالت يا رسول
الله ان افلح بن ابي قعيس دخل علي وانا في ثياب فضل فقال لتكن عليك انه عمك من الرضاعه فقالت انما ارضعتني

واذا م

ان يكون ...

في الاسقاط احتجد ... حليله ابن الرضاع ... المشهورة ... بحرم من الرضاع ... حليله المتبني

المراة لا الرجل فقال عكمرة الرضاع ودالايكون الا باعتبار لبن فحل ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه
في موضع الحرمة احتياطا فان قيل ما قام مقام الشي في اثبات الحكم اما ان يكون مثل ذلك او دونه لا محالة وههنا
لو ارتضع الصبي من ثدوة الرجل نفسه اذا انزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع فكيف يثبت منه بارتضاع
اللبن بسببه ولا يثبت من اللبن الحاصل من نفسه اجيب بان افتراق الحكم لافتراق الحكم لوصف وذلك لان
المعنى الذي لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في ارضاع الرجل لان ما ينزل من ثدوة الرجل لا يتغذى
به الصبي ولا يحصل به انبات اللحم وهو نظير وطي الميتة في انه لا يوجب حرمة المصاهرة وان كان السبب موجودا
وانما اختار هذه العبارة وهي ملبسة فانها توهم ان المراد به ما ينزل من ثدوته ليعلم ان المراد به ما ينزل من المراة
بسبب الولادة والحاصل زوجها حتى لو نزل لها لبن بدونها كما ينزل للبكر كان ذلك اللبن لبن المراة خاصة لا لبن الفحل
وان كانت تلك المراة تحت زوج وليس حل الوطي في الاحبال شرطا حتى لو زني بامراة فولدت منه فارضعت
بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لا يحل للزاني هذا ان يتزوج بالصبية ولا لابيه ولا لابنه ولا لابنا اولاده لوجود البعضية
بينها وبين الزاني وقوله ويجوز ان يتزوج الرجل ظاهر وقوله وكل صبيين اجتمعا غلب الصبي على الصبية
كافي الغرين للشمس والقمر على ثدي واحده اي ثدي امراة واحدة لانهما لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا
يثبت التحريم كما سيجي وهذا لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن الادمية دون الانعام
وقوله ولا يتزوج المرضعة من ولد التي ارضعت قال في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على انه
عليه ونصب احد على المفعولية من ولد التي على طريق الاضافة هذا هو الاصل من النسخ وفي نسخة اخرى ولا
يتزوج المرضعة من ولد التي ارضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية وهذا ايضا صحيح وكان كلام المصنف
يشير الى ان النسختان الحرتان ليستا بصحيحتين وهما بصيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة او مفعولة على ما ذكر
ولكن هذا ان التقدير ان لا بد وان يكون من الولد الذي ارضعته معرفا باللام وكلامه ظاهر وقوله وان اختلط
اللبن بالما واللبن هو الغالب فسر محمد رحمه الله الغلبة قال ان لم يغير الدوا اللبن تثبت الحرمة وان غير لا يثبت وقال
ابو يوسف رحمه الله ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غير احدهما يكون رضاعا وقوله خلافا للشافعي
عنده اذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن من جب من الما فشربه الصبي ثبت الحرمة هو يقول هو
موجود حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس لا ينكر ونحن نقول مغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما في
اليمين حلف لا يشرب لبنا فشرب لبنا مخلوطا بالما والما غالب على اللبن لا يحنث فان قيل فعلى هذا ان اعتبرت
جهة الحكم لم تثبت حرمة الرضاع وان اعتبرت جهة الحقيقة ثبت لان اللبن موجود حقيقة وان قل فعند التعارض
تترجح الحرمة احتياطا اجيب بان التعارض لم يثبت لان التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السوا وههنا لم تثبت المساواة
بينهما لان للغالب فضلا ذاتيا وللمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة فكان الترجيح لمعنى راجع الى الذات لا لمعنى راجع
الى الحال وهذا كما ترى متناقض لانه نفى التعارض واثبت الترجيح بالفضل الذاتي ولا ترجيح الا بعد التعارض
والصواب ان يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض الحكم لان الحرمة بالرضاع امر حكمي فالم يكن في الحكم موجودا
لا مدخل له فيه سلمناه ولكن تعارض ضربا ترجيح احدهما راجع الى الذات والاخر الى الحال والاول اولى ويؤيده
الاصول ويؤيد ما ذكرنا ما اذا وقع قطرة من الدم او الخمر في جب من الما حيث وان غلب الما حقيقة لانه لم يكن غالبا
حكما لان غلبة الما في الحكم هو ان يكون عشرا في عشر وما دونه في الحكم القليل فلم تكن الحقيقة معارضة للحكم
بل كانت مرجوحة معه وقوله وان اختلط اللبن بالطعام واضح وقوله لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا
يعني سوا كان غالبا او مغلوبا اما اذا كان مغلوبا فظاهر واما اذا كان غالبا فلانه اذا اطبخ بالطعام يصير
اللبن تبعا بالطعام وان كان غالبا حتى لا يسمى لبنا مطلقا وقوله فصار كالمغلوب فيه نظر لان المغلوب غير
موجود حكما اما لم يكن مغلوبا ويكون كالمغلوب فلا نسلم انه ليس كالموجود والجواب ان هذه مناقشة
لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم في قول ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك
عنده اذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة فاما اذا كانت تتقاطر منه فتثبت به الحرمة عنده
لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا يثبت على كل حال عنده
لان التغذي بالطعام لانه الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغذي الموجب لانبات اللحم وان اختلط بالدوا
واللبن غالب فيه يتعلق التحريم به لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدوا يخلط به ليقويه على الوصول
الى ما لا يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدوا للتقوية على الوصول وجب ان يستوي الغالب والمغلوب
لان الوصول قطرة منه محرم قلت النظر ههنا الى المقصود فان كان غالبا كان القصد الى التغذي به والدوا
للتقوية على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوي واللبن ليصلح به الدوا بلوح الى هذا قوله
واذا

واذا اختلط دون اختلط وقوله لان اللبن يبقى مقصودا قال واذا اختلط اللبن بلبن شاة به صورة
الما له ظاهرة وكذا تعليل ابي يوسف في المسالة الثانية لما ذكرنا ان المغلوب كالمستهلك لعدم بقا منفعته
كما اذا صب كوز من الما العذب في البحر ووجه قول محمد وزفر ان الغلبة ههنا غير متصورة لان الجنس لا يغلب الجنس
اذ الغلبة بالاستهلاك والشي لا يكون مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك وذلك
يقتضي اختلاف المقصود والمقصود ههنا متحد واذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين في المقصود فيتحقق
الرضاع من القليل صورة ومعنى فتثبت الحرمة بهما جميعا وعن ابي حنيفة رحمه الله في هذا روايتان في رواية
قوله كقول ابي يوسف وبه قال الشافعي في قول وفي رواية كقول محمد وزفر رحمهم الله واصل المسالة في الايمان فيما
اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى وهو غالب فشربه فهو على هذا الاختلاف
عند ابي يوسف لا يحنث لان المغلوب كالمستهلك وعند محمد يحنث لان الشي بكثرة جنسه لا يصير مستهلكا وقوله
واذا انزل للبكر لبن ظاهر واذا احلب لبن المراة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله
قيد بالموت لانه لو حلب قبل الموت واوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الاظهر كان يقول الاصل في ثبوت الحرمة	هو م
هو المراة لان الحرمة تثبت بينها ثم يتعدى منها الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها لعدم الفايدة
ولهذا لا يوجب وطيها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة ولم يبق محلا لها حتى يتعدى الى غيرها ولنا ان السبب
هو شبهة الحرمة وذلك في اللبن يعني الانشاز والانبات وهو قايم باللبن لان الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا كما
انه لم يخرجه عن ذلك والفايدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها بل تظهر في الميتة دفنا وتيمما بان كان لهذه المرضعة
التي اوجر لبن هذه الميتة في فمها زوج فان للزوج ان يدفن وييمم الميتة لانه صار محرما لها حيث صارت ام امراته	لهذا م
واما الحرمة جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطيها حرمة المصاهرة يعني ان حرمة المصاهرة بالوطي انما تثبت ملاقاة
لمحل الحرث ليثبت به الحرمة ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا وقوله واذا احتقن الصبي باللبن قال
في النهاية صوابه حقن لا احتقن يقال حقن المريض دواه بالحقنة واحتقن الصبي غير صحيح لعدم قدرته على
ذلك في مدة الرضاع واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز فتعين حقن ولكن ذكر في باب المصادر الاحتقان
حقنة كر دن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الاشهر في استعمال الفقها وكلامه ظاهر
وقوله وهذا لان اللبن انما يتصور منه الولادة بيانه ان الله تعالى خلق اللبن في الاصل لغذا الولد لعدم
احتماله سائر الاطعمة والاشربة في ابتدا حاله ليقوم مقام الطعام والشراب فلهذا اختص اللبن على التحقيق
بمن يتصور منه الولادة كذا في النهاية وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور منه الولادة اذا تاملت لكن
اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون ادونا لاصوخا في غير الادمي مما هو ثابت بالاستقرا
لم يتخلف وهو دليل على ان ماني الادمي من الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك واذا شرب صبيان من لبن شاة
لم يتعلق به الحرمة لانه لا جزئية بين الادمي والبهايم والحرمة باعتبارها وذكر في المبسوط هذه الحكاية وهو ان
محمد بن اسماعيل البخاري صاحب الاخبار كان يقول يثبت به التحريم فانه دخل بخارا في زمن الشيخ ابي حفص
الكبير رحمه الله وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فلست هناك اي انك لست باهل حتى استفتي عن هذه المسالة
فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارا قال واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة
حرمتا عليه لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا اما الكبيرة فانه حرمتها مويدة وكذلك
الصغيرة ان كان دخل بالكبيرة وان لم يدخل بها جاز التزوج بالصغيرة لانها ربيبة لم يدخل بامها ثم انه ان لم يدخل
بالكبيرة فلا مهر لها لتعديت الفساد ولم تتعمد بان الفرقة جات من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة
لم تجي من قبلها فان قيل العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم لم يضف الفرقة اليها اجاب بقوله والارتضاع وان
كان فعلا لها لكن فعلها غير معتبر شرعا في اسقاط حقها الا ترى انها لو قتلت مورثها لم تحرم من الميراث واعترض
عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد ابواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضي لها بشي من المهر ولم يوجد
الفعل منها والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها اسقطت حقها ولم يلتزم ان كل ما لم يقع الفرقة
بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه اذا الحقها امر اخرجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الابوين اسقط
حقها ويرجع به اي بما ادى الزوج من نصف مهر الصغيرة على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد بان قصدت بالارضاع
افساد النكاح وان لم تتعمد بان قصدت دفع الهلاك عنها جوعا فلا شي عليها وان علمت ان الصغيرة امراة زوجها وعن
محمد رحمه الله انه يرجع عليها في الوجهين جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه لان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا اجعل
فتح باب القفص او الاصطبل وحل قيد الابق موجبا للضمان على ما عرف في الاصول وفي المباشرة المتعدي
وغير المتعدي سوا فكذا للذي في السبب والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط

وهو نصف المهر يتعيلن بين الزوج اذا انفقت حد الشهوة وذلك بجري مجرى الاتلاف في ايجاب الضمان لانها مسببة في ذلك بالتاكيد لا مباشرة لان الارضاع ليس لافساد النكاح وضعا لان رضعه لتربية الصغير لا لافساد النكاح وانما يثبت الافساد باتفاق الحال بنا دينه الي الجمع بين الام والبنت في ملك رجل نكاحا او لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتلاف لكونه غير متقوم في نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته واجارته وانما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفا بل هو سبب لسقوطه لانه مايفوت به المبدل يفوت به البدل ايضا وتقرير كلامه الكبيرة بارضاعها مسببة في تاكيد ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا كما تقرر سلمنا ان الارضاع افساد النكاح لكن افساده ليس بسبب لالزام المهر لما تقرر ايضا فان قيل اذا لم يكن سببا لالزامه كيف وجب على الزوج نصف المهر اجاب بقوله الا انه يصيب المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف في باب المتعة تجب بالنص ابتدا بقوله تعالى ومتعوهن لان المعقود عليه عاد اليها سالما لكن من شرط وجوبه اي وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط في مسببه واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كما في حفر البير وانما يكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان النكاح الارضاع مفسد له وقصدت به الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت به ولم تعلم ان الارضاع مفسد او علمت به لكن قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا يكون متعدية لكونها ماجورة بذلك اي بالارضاع لدفع الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع في دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل الكبيرة بفساد النكاح عذرا اي في عدم وجوب الضمان عليها اجاب بقوله وهذا اي اعتبار الجهل لدفع الفساد لا لدفع الحكم وتقريره ان الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتعدي انما يحصل بقصد الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به قوله ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اي عن الرجال اجنبيات كن او امهات لاحد الزوجين واحدة كانت او اكثر وقال الشافعي تقبل شهادة اربع نسوة منهن وقال مالك تقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعي ان الارضاع يكون بالثدي ولا يطلع على ذلك رجال لحرمة النظر وعنده ان شهادة اربع منهن فرض شرط فيما لا يطلع عليه الرجال ليقوم كل امراتين مقام رجل وقلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوي المحارم يحل لهم النظر الى ثديها ووجه قول مالك ان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي فانه ينبغي للمسلم ان لا ياكل منه ولا يطعم غيره ولان المخبر اخبر بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقا الملك ثم لما ثبتت الحرمة مع بقا الملك لا يمكن الرد على بايعه ولا ان يحبس الثمن عن البايع ولنا ما ذكره في الكتاب وهو واضح لا يحتاج الى بيان

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متاخرا عن النكاح طبعا اخره وضعا ليوافق الوضع الطبع والطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقها عبارة عن حكم شرعي برفع القيد النكاحي بالفاظ مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة اليه وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمراة في النكاح او عدته التي تصلح بها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل واقسامه ما ذكره

باب طلاق السنة

ذهب بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق والعامة على اباحته بالنصوص المطلقة لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم وقوله تعالى اذا طلقتم فطلقوهن لعدتهن وامثالها لما وافقه ثلاثة حسن واحسن وبدعي على ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وقوله ولانه ابعد من الندامة حيث ابقى لنفسه مكنة التدارك بان يراجعها في العدة وبعدها بتجديد النكاح من غير استحلال واقل ضررا بالمراة حيث لم يبطل تحليلها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة في حقهن فلا يتكامل ضرر الايحاش وقوله ولا خلاف لاحد في الكراهة يعني لم يقل احد بكراهة هذا الطلاق وقوله لان الاصل في الطلاق هو الحظر لانه قطع النكاح الذي هو سنة فيكون محظورا وقوله والاباحة لحاجة الخلاص اي لضرورة التخليص عنها بتباين الاخلاق وتنافر الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية وقوله عليه السلام في حديث ابن عمر وهو ما روى البخاري وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امراته وهي حايض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شا امسك وان شا طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله ان تطلق لها النسا واشار به الى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ان شا امسك وان شا طلق خيره بين الامساك والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض الشروح وليس هذا مسوقا في الكتاب وانما شرح ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر رضي الله عنهما حين طلق امراته وهي حايض ما هكذا امرك الله انما السنة ان تستقبل الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة وقوله ولان الحكم يدار على دليل الحاجة بيانه ان الاصل في الطلاق الحظر كما قال مالك والاباحة للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة

الاخلاق

الاخلاق والحاجة بسبب العجز امر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق وهو زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن الجماع مقامه فكلما يتكرر دليل الحاجة جعلت كان الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار وقوله ثم قيل اختلف المشايخ في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى اخر الطهر احترازا عن تطويل العدة وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع قال المصنف والاظهر ان يطلقها حين يطهر هذا الطهر لان محمدا رحمه الله قال في الاصل واذا اراد ان يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض وطلاق البدعة ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او ثلاثا في طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه اذا فعل ذلك وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا وقال الشافعي كل طلاق مباح يعني في حد ذاته وانما قلت ذلك ليلا يرد على تعميمه الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه لان الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده ايضا قال في تعليله لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وهو وقوع الطلاق وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا لان المشروعية لا تجامع الحظر فان قيل فكيف يجمع العموم والطلاق في حالة الحيض حرام اجاب بقوله بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق وكذلك نقول المحرم فيما اذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس امر العدة عليها فانه اذا طلقها فيه يلتبس امر العدة عليها لانها لا تدري انها حامل فتعتد بوضع الحمل او حايل فتعتد بالاقرا ثم قال لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان والدنيوية من السكن والازدواج واكتساب الولد الى ذلك مما هو لذلك معنى ان للحظر وقوعه بالشرع الا انه ابيح للحاجة الى الخلاص كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث فان قيل فكما لا حاجة الى الجمع بين الثلاث فكذا لا حاجة الى المفرق على الاطهار اجاب بقوله وهي اي الحاجة على المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها امرا مبطنا فان قيل دليل الحاجة انما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالاول غير متصورة اجاب بقوله والحاجة في نفسها باقية يعني لاحتمال ان يكون ناسيه الاخلاق بذهاب اللسان فيعيد الزوج باب امكان التدارك مع صيانته عن عرض التندم قال فخر الاسلام وعلى هذا يجب ان يباح الثلث جملة لكنها علة تعارض النص فلم يؤثر واظن انه اراد بالنص قوله تعالى الطلاق مرتان فانه يدل على انه مفرق ويجوز ان يراد قوله عليه السلام لابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا الحديث وقوله والمشروعية في ذاته جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر ووجهه ان المشروع لذاته لا يجوز ان يكون محظورا لذاته والحظر لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوت مصالح الدين والدنيا فلا تنافي اذ ذاك كالبيع وقت النداء والصلاة في الوقت المكروه وقد قررناه في التقرير وكذا ايقاع ثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لا حاجة الى الجمع بين الثلاث قوله واختلفت الرواية ظاهر وقوله والسنة في الطلاق في وجهين السنة في الطلاق من وجهين احدهما في الوقت والاخر في العدد ويستوي فيها المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها وهي ان لا تزيد على الواحدة وسمي الواحد عددا مجازا لكونه اصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيته والسنة في الوقت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لما ذكرنا ان شرعيته باعتبار الحاجة والمراعي دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر يفتر الرغبة فلم يكن فيها دليل الحاجة ليقوم مقامه وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيا فالرغبة باقية فيه سواء كان في حالة الحيض او الطهر فلم يخرج طلاقها عن السنة في اي وقت كان خلافا لزفر فانه يقيسها على المدخول بها وقوله ولنا واضح وعورض بان ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص فان قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر رضي الله عنهما ان السنة ان تستقبل الطهر بطلاقه يدل على ان الطلاق في حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة بخصوص السبب واجيب بان الخصوص لم يثبت بخصوص السبب بل بقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها والمراجعة لا تكون الا بعد الدخول وقوله واذا كانت المراة لا تحيض من صغر او كبر فان اراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض لان الحيض اكثره عشرة ايام ومدة ثلاث حيض تحصل في شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفي الملزوم واجيب عن الاول بان هذه المدة طهر حقيقة ولكنها اقيمت مقام الحيض وما قام مقام الشي لا يجوز ان يكون في معناه من كل وجه والا لكان عينه لا قايما مقامه في انقضا العدة وهو الاستبرا خاصة الا ترى ان الطلاق بعد الجماع في

ذوات الاقراء وفي الايسه والصغيرة لبني الامر ولو كان الاشهر بدلا عن الاقراء في جميع الاحكام لكان كما في
ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام والجواب عن الثاني ان الشرع اقام الاشهر مقام حيض تنقضي بها العدة
و انما يكون في ثلاثة اشهر غالبا فاقيمت الاشهر مقام الحيض التي كانت توصف بها ولم تقم الاشهر مقام مدة الحيض حتى تكتفي
بشهر واحد ولم يظهر لي فايدة هذا الاختلاف وما ذكره صاحب النهاية ان ثمرته تظهر في حق الزام الحجة فانهم لما اجمعوا
علي ان الايسة تكتفي بالحيض لا غير من غير توقف الي الطهر والشهر قايم مقامه في حق التي لا تحيض علمنا ان الشهر
قايم مقام الحيض لا غير لان الخلف انما يعمل في ما يعمل فيه الاصل والاصل الحيض مع الطهر في ثلاث حيض انما كانا
لتحقق عدد الثلاثة لا لذات الطهر علي ما ذكرنا في المبسوط ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض
فكانوا محجوجين بما قلنا الي هذا لفظه وليس فيه كثير جدوى لان الزام الحجة علي احد المختلفين لا يكون فايدة الاختلاف
اذ البداية تشهد بان غرض الانام من الاختلاف في مسالة لا يكون الزام الحجة علي الخصم ثم ان كان الطلاق في اول
الشهر يعتبر اذا كان ايقاع الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور القايمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت او ناقصة
وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق اي في حق التفريق بين طلاق السنة وذلك ثلاثون يوما بالاتفاق
وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لا يحكم بانقضا العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق و
عندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسالة الاجارات علي ما سياتي ويجوز ان يطلقها اي الايسة والصغيرة
ولا يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان قال شمس الايمة الحلواني وكان شيخنا رحمه الله يقول هذا اذا كانت صغيرة
لا يرجي منها الحيض والحبل واما اذا كانت صغيرة يرجي منها الحيض والحبل فالافضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها
بشهر ولا منافاة بين قول المصنف لان الافضلية لا تنافي الجواز وقال زفر رحمه الله يفصل بينهما بشهر لقيامه بعينه وص
مقام الحيض فيمن تحيض وفيها يفصل بين طلاقها وجماعها بحيضة فكذا ههنا بشهر ولان الرغبة تفتر بالجماع فكانت
بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت في الطهر وانما تتجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم
الحبل منها وهي التي نحن فيها من الايسة والصغيرة والكراهية اي كراهية الطلاق بعد الجماع في ذوات الحيض
كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك تشتبه وجه العدة فلا تدري ان انقضاها يكون بوضع الحمل او بانقضاء المدة
و و والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر جواب قول زفر رحمه الله ان الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض
بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الي الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر
لما مر فيحرم عدم الفصل بين وطيها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل لا مدخل له في ايجاب الفصل بين الوطي والطلاق
لذاته واما تاثيره ان لا يقع الطلاق اصلا او لا يتكرر كما تقدم واما المدخل في ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام علي
الطلاق في زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفي الحكم الدائر علي الدليل وهو الفصل وقوله
وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع واضح وقوله وقد ورد الشرع بالتفريق علي فصول العدة يعني قوله تعالى فطلقوهن
لعدتهن قال ابن عباس رضي الله عنهما اي لاطهار عدتهن ففي ذوات الاقراء فرق علي الاطهار وفي حق الايسة والصغيرة
علي الاشهر لانها في حقهن كالقرء في حق ذوات الحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة الحمل وان
طالت فهي طهر واحد حقيقة وحكما الا ترى ان انقضاء العدة لا يتعلق به فصار كالممتد طهرها فان طهرها وان امتد
شهورا فهو فصل واحد لا يفرق التطليقات فيه ولهما ان الطلاق للحاجة لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما ابيح اباحة م
عند الحاجة اي الخلاص عند العجز عن التقصي عن حقوق الزوجية والشهر دليل الحاجة كما في حق الايسة والصغيرة
وهذا اي كون الشهر دليلا في حق الحامل كما في حق الايسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة علي ما عليه الجبلة السليمة
فصلح ان يكون علما ودليلا علي وجود الحاجة والحكم يدار علي دليلها فاذا وجد وجد ما ابيح لاجله الطلاق فيكون مباحا
و و بخلاف الممتد طهرها جواب عن قياس قول محمد بالفرق فان هناك لا يصلح الشهر ان يكون علما لان العلم علي الحاجة
في حقها الطهر اي تجدده وهو مرجو فيها في كل زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر ولا يرجي تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض
قال واذا طلق الرجل امراته في حالة الحيض اذا طلق الرجل امراته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له
ان يراجعها اما الوقوع فلان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا من قوله لان الحرم تطويل العدة فان الحيضة التي
يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة منها فتطول عليها نقل صاحب النهاية عن شيخه رحمهما الله ان المراد بالنهي ههنا هو
النهي المستفاد من ضد الامر المذكور في قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اي لاطهار عدتهن او الامر المذكور في قوله صلى
الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها لما انه كان مامورا برفع الطلاق الواقع في حالة الحيض كان منهيا عن ايقاعها
في حالة الحيض وقال بعض الشارحين المراد بالنهي في قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا والنهي اذا كان لمعنى
في غيره لا يعدم المشروعية كما عرف في الاصول واما الاستحباب فلقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه مر ابنك
فليراجعها وكان قد طلقها في حالة الحيض وهذا الحديث يفيد الوقوع باقتضايه والحث علي الرجعة بعبارته
قال

قال المصنف ثم الاستحباب قول بعض المشايخ ووجهه ان ادنى الامر الاستحباب فيصرف اليه تعزيته ان الرجعة
حق له ولا وجوب علي الانسان فيما هو حقه والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر قيل الامر لعمر رضي الله عنه وحقيقة
الوجوب علي عمر رضي الله عنه ان يامر ابنه بذلك ولا دلالة في ذلك علي الوجوب علي ابنه واجيب بان فعل النايب
كفعل المنوب فصار كان النبي صلى الله عليه وسلم امره بذلك فيثبت الوجوب ويجوز ان يقال ابن فليراجعها
امر لابن عمر رضي الله عنهما فتجب عليه المراجعة وقوله ورفعا للمعصية معطوف علي قوله عملا وذلك
لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع اثره اي اثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة
ودفعا لضرر تطويل العدة يرفعها بالمراجعة وقوله قال يعني القدوري فاذا طهرت يعني بعد المراجعة
وحاضت ثم طهرت فان شا طلقها وان شا امسكها قال المصنف وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه
يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة ووفق الكرخي بين الروايتين فقال ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رضي
الله عنه وما ذكره في الاصل قولهما والمصنف ذكر وجه كل منهما ولم يرجع الي الحديث المروي في الباب لان
كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث روى البخاري مسندا الي نافع عن عبيد الله بن عمر رضي الله
عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شا
امسك بعد وان شا طلق قبل ان يمس وهذا يدل علي رواية الاصل وروى الترمذي في جامعه مسندا الي
سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت
وهذا يدل علي رواية الطحاوي واذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف الي بيان وجههما بالمعاني الفقهية
وقوله ومن قال لامراته اعلم ان من قال لمدخول بها انت طالق ثلاثا للسنة فاما ان تكون من ذوات الاقراء اولا
وكل منهما علي وجهين اما ان يذكر ذلك ولا نية له او نوى شيا فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق
عند كل طهر تطليقة وان نوى الثلاث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو علي ما نوى سواء كانت تلك الساعة
حالة الحيض او حالة الطهر وكذا راس كل شهر وقال زفر لا يصح نية الجمع لانه بدعة وهو ضد السنة وضد الشي
لا يراد به ولنا ان اللام فيه اي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا
فقط فكان كل واحد منهما محتملا فاذا لم يكن نية يكون كان مطلقا ينصرف الي الكامل وهو السنة ايقاعا
ووقوعا فيقع عند كل طهر لا جماع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه الي السنة وقوعا لان وقوع الثلثة
دفعة او في حالة الحيض مذهب اهل السنة فهو سني في هذا الوجه ومن حيث انه عرف صحة وقوعه بالسنة
وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من طلق امراته الفا بانت منه بثلث والباقي رد عليه فان قيل
الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعال له فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا وقوعا وايقاعا
وليس كذلك اجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس فعل المكلف ولانه حكم شرعي وهو لا يوصف
بالبدعة والايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف فكان الوقوع اشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني
وقوعا وان كانت ايسة او من ذوات الاشهر ولم يكن له نية وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى لان الشهر
في حقها دليل الحاجة علي ما بينا قبل هذا ان الشهر في حقها قايم مقام الحيض وان نوى ان يقع الثلاث
الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا انه سني وقوعا واذا قال لها انت طالق للسنة ولم ينص علي الثلاث
ان كانت طاهرة لا في طهر جامعها فيه طلقت في الحال وان كانت حايضا او في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة فاذا حاضت
وطهرت وقعت تطليقة لان قوله انت طالق للسنة ايقاع تطليقة مختصة بالسنة المعرفة باللام وهي تلك
وان نوى ثلاثا جملة قال المصنف لا يصح قيل هكذا ذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات
وعلاء الايمة السمرقندي لان نية الثلث صحت فانما تصح من حيث ان اللام فيه للوقت ووقت طلاق السنة
متعدد فيقتضي تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لان كل وقت جعل وقت ظرفا للواقع وقد
تكرر الظرف فيتكرر المظروف فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضي
يوجب بطلان المقتضى فلا يصح نية الثلاث بخلاف ما اذا ذكر ثلاثا لان الثلث مذكور صريحا فتصح نيته وذكر
صاحب الاسرار وشمس الايمة السرخسي وشيخ الاسلام ان نية الثلث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلاثا لان التطليقة
المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلقها في طهر لا جماع فيه والحسن ان يطلق الثلاث
في ثلاثة اطهار فاذا نوى فقد نوى احد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فيصح نيته كما لو قال انت طالق ثلاثا
للسنة او طلاقا للسنة لذا في بعض الشروح وفيه نظر لان المدعى وقوعها جملة وفيه نظر ودليله يدل علي التفرق
علي الاطهار كما ترى ونقل قاضي خان في الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة كما ذكر ثلاثا وفيه نظر لانه يلزم التناقض
بين العبارة والاقتضاء في العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضى لا عموم له عندنا ولعله سبب اختيار المصنف

عدم الوقوع حمله فصل لما ذكر طلاق السنة لكونه الاصل ذكر ما يقابله من طلاق البدعة
شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنايم لقوله عليه
السلام كل طلاق جايز الا طلاق الصبي والمجنون والمراد بالجواز النفوذ دون الحل الذي يقابل الحرمة
لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة في المعاملات والنفوذ بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ الا طلاق
الصبي والمجنون ولان اهل التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون اما المجنون فظاهر واما الصبي فلان
المراد به هو المعتدل منه واما الصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتدل
قبل البلوغ فلا يعتبر فيما له فيه مضرة والنايم عديم الاختيار في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه
وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار لاستناده اياه واعتبار
التصرف الشرعي انما هو بالاختيار بخلاف الهازل فانه مختار فكان شرط التصرف فيه موجود او قيد بقوله
في التكلم بالطلاق اشاره الى ان المعتبر ذلك الا ترى ان من اراد ان يقول لامراته اسقيني فقال انت طالق
وقعت وان لم يكن مختار الحكم لكونه مختارا في التكلم ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته
فلا يعرى عن قضيته اي حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته وقوله قصد ايقاع الطلاق احتراز عن الاقرار به
مكرها فانه لغو لكونه مكرها خبرا يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على راسه دليل على انه كاذب
فيه والمخبر عنه اذا كان كذبا فبالاخبار عنه لا يصير صدقا وقوله في حال اهليته احتراز عن الصبي والمجنون
وتقرير حجته ان المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته لانه عرف الشرين الهلاك والطلاق
واختار اهونهما واختيار اهون الشرين اية القصد والاختيار وهو ظاهر وكل من قصد ايقاعه كذلك
لا يعرى فعله عن حكمه كما في الطايع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته ان يتخلص عما يوعد
به من القتل او الجرح الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ
العقود التي باشرها مكرها من البيع والشرا والاجارة وغيرها وليس كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه فكان له
فسخ العقود واما ههنا فعدم الرضا بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم فان قيل
بين المكره والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفا
سد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره اجيب بان للهازل اختيارا كاملا في السبب
اما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له اصلا فكان اختيار الهازل ايضا غير كامل بالنظر الى
الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار احدهما بالاخر جايزا وطلاق السكران واقع واختار الكرخي والطحاوي
عدمه والوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب واضح خلا ان في كلامه تسامحا لانه جعل العقل زايلا بالسكر وليس كذلك
عندنا لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب ولما كان المغلوب كالمعدوم واطلق الزوال مجازا
للخصم حيث لم يعتبره ذلك واعترض بوجهين احدهما ان شرب المسكر كسفر المعصية فاما ان السفر صار سببا للتخفيف
دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجرا له كانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة
اولى لان الزجر والعقوبة هناك اتم واجيب عن الاول بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال
ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية
وامكن انفصالها عنه ابتدا وانتها فكان جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف والترخص اليها وعن الثاني بان
الركن في الردة الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر
السبب واما الاقرار بالحدود فان السكران لا يكاد يثبت على شي فيجعل راجعا عما اقر به فيعمل فيما يحتمل الرجوع
وفي قوله بسبب هو معصية اشاره الى سببين احدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا والثاني
ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا واما غيره وهو ان يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر اذا اكره على
شربها بالقتل فهو كالاغما في حق وقوع الطلاق والعتاق والى ذلك يشير قوله حتى لو شرب فصدع وزال عقله
بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه لانه لا يكون زواله معصية واعترض بان الصداع اثر الشرب فكان علة العلة
والحكم يضاف اليها كما يضاف الى العلة فما له لم يكن كذلك واجيب بان الاضافة الى علة العلة انما يكون
اذا لم تكن العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة لذلك لان زوال العقل مما يوثر في عدم الوقوع كما اذا جن وطلاق الاخرس واقع
وطلاق الاخرس واقع ظاهر وقوله وطلاق الامة ثنتان اي الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر
ووجه الاستدلال بقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنسا انه عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على
وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنسا من حيث القدر فيجب ان يكون اعتبار الطلاق
بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابله وكان صفة المالكية كرامة وكل ما هو كرامة فالادامة مستدعيه

لكونه مكرما بتكريم الله تعالى ولقد كرمنا بني ادم الاية ومعنى الادمية في الحر لصلاحيتها لا يصلح له العبيد من الولاية
والشهادة والخلوصة عن معنى المالية التي تجعل المملوك في حق البهايم ملزورا فكان مالكيته ابلغ فان قلت الدليل اخص
من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا قلت
اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القايل بالفصل ومذهبنا قول عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ووجه الاستدلال انه عليه السلام ذكر الامة بلام التعريف
ولم يكن ثمه معهود فكان للجنس وهو يقتضي ان يكون طلاق هذا الجنس اثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان
لبعض الاما ثنتين فلم يبق اللام للجنس فان قيل يجوز ان يكون المراد بها الامة تحت عبيد علما بكونه ثنتين اجيب
بانه يفضي الى ان يكون الكافي وعدتها عايده اليها فيكون تخصيصها بكون عدتها حيضتين اذ الامرجع للضمير سواها
وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواكانت تحت حر او عبد بالاتفاق وفيه نظر لجواز ان يكون من باب
الاستخدام بكون المراد بالامة امة تحت عبد والضمير عايد الى مطلق الامة والجواب ان ذلك خطابه لا يقوى
في مقام الاستدلال ولان حل المحليه اي حل ان تكون المراة محل النكاح نعمة في حق المراة لانها تنفعل
بذلك الى دور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة في حقها يتنصف
بالرق فان للرق اثرا في تنصيف النعم في الرجال فان العبد لا يملك من التزوج ما فوق الاثنتين فكذا في حق
النسا فانها لا تتزوج من الحرة ولا بعدها وكان ذلك يقتضي ان لا يملك الزوج عليها الا عقده ونصفا اي طلقة
ونصف طلقة تنصيفا لحل المحليه الا ان العقده لا تتجزي فتكاملت عقدتان ومذهبنا قول علي وابن مسعود
رضي الله عنهما وقوله وتاويل ما روي يعني قوله الطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال فان قيل هذا معلوم فلا
يحتاج الى ذكره اجيب بانه كان الى ذكره حاجة لان المراة في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك
طلاقا منها فرفع ذلك بقوله عليه السلام الطلاق بالرجال واذا تزوج العبد امراة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع
طلاق مولاه على امراته لان ملك النكاح حق العبد لكونه من خواص الادمية والعبد مبقي فيها على اصل الحرية وكان
يجب ان ملك النكاح بدون اذن مولاه لكن لو قلنا به تضرر المولى فتوقفناه لاجله باب

ايقاع الطلاق

لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال الطلاق اي التطليق
على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فيقع بها طلاق رجعي لكون هذه الالفاظ
صريحا والصريح تعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وهو يشير بتسميته بعلا
الى ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ورد بانه قال احق بردهن والرد انما يستعمل فيما زال عنه
ملكه واجيب بان البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة وهو لا يترك الا بدليل واما لفظ الرد فقد يستعمل
فيما لم يزل ملكه كالبايع جارية بالخيار له وللمشتري فانه لم يثبت الملك فيها للمشتري ثم اذا فسخ يقال رد الجارية
وان لم يزل عنها ملك البايع ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لان الصريح ما ظهر مراد به ظهورا بينا بكثرة
الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم لفظه مقام معناه ولا يفتقر الى النية وكذا اذا نوى
الابانة معطوف على قوله وانه معقب الرجعة يعني انه تعقب الرجعة ان لم ينو شيا وكذا اذا نوى الابانة
لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضا العدة قال الله تعالى فامساك بمعروف
او تسريح باحسان الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو تركها حتى تنقضي عدتها
وتحقيقه ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا والامساك ابقا الشي على ما كان فما دامت العدة باقية
كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضا
كذا قالوا وللقايل ان يقول ان سلمنا دلالته على تعليق البينونة بالانقضا جاز ان يكون المراد به
ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نويت فيه ولو قال لان الطلاق ثابت اقتضا والمقتضى ضروري والضرورة
تندفع بالرجعي فلا حاجة الى البائن كان اسلم وموضعه اصول الفقه وقوله فيرد عليه يعني قصده وتقرير
الحجة لانه قصد تقديم ما اخر الشرع الى وقته وكل من فعل كذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث اصله تغريه
بني اسرايل ولو نوى الطلاق عن وثاق بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة لم يدين في القضا الا لم يصدق
وحقيقته دينت الرجل تدبينا وكلته الى دينه فاستعمل في التصديق مجازا لانه خلاف الظاهر لانه صرف
الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس بمتعارف فيما عليه فيه تخفيف ولذلك لا يسع المراة ان تصدقه في ذلك
وتدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله اذ الطلاق من الاطلاق يستعمل في الابل او الوثاق فيحتمل ان
يكون الطلاق عبارة عنه مجازا ولو نوى به اي بقوله طالق الطلاق عن العمل لم يصدق في القضا ولا فيما
بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو عمل اي المراة بتاويل الشخص او الذات وليس بشي بل تعود

الي القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقديره الطلاق لدفع القيد النكاحي غير مقيد بالعمل فالطلاق المقيد به ليس لدفع العمل بالطلاق وهو ظاهر الرواية وروي الحسن عن ابي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالي لان الطلاق يستعمل في التخليص فكان معناه انت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره اما اذا قال انت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانة رواية واحدة ولو قال انت مطلقة بتسكين الطا لا يكون طلاق الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج الي النية وقوله ولا يقع من كلام القدوري متصل بقوله يقع بها ايقع به الطلاق الرجعي اي لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة الا واحدة وان نوي اكثر من ذلك وقال الشافعي رضي الله عنه يقع ما نوي لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لكونه نعت وهو لا يتحقق بدون المشتق منه وهذا اي لكونه محتمل لفظه يصح قران العدد به ويكون نصبا علي التفسير وكل ما هو محتمل اللفظ يصح نيته ولنا انه نعت فرد حتي قيل للمثني طالقان وللثلث طوالق وكل ما هو نعت فرد لا يحتمل العدد لانه ضده والضد لا يحتمل الضد وقوله وذكر الطالق جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل علي طلاق يكون صفة للمراة لا علي طلاق يكون معني التطليق كالسلام بمعني التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضروري تتصف به المراة ليس بفعل الزوج لكونه تقتضي الثاني تصحيحا له فكان ثابتا ضرورة صحة الكلام مقتضي ولا عموم له وقوله العدد الذي يقترن به جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح وقوله وفي انت الطلاق واضح وقوله فصار بمنزلة قوله انت طالق اعترض عليه بان قوله انت الطلاق لو كان بمنزلة قوله انت طالق لما صح فيه نية الثلاث كما لم يصح في قوله انت طالق واجيب بان نية الثلاث انما لا تصح في طالق لانه نعت فرد كما تقدم واما الطلاق فهو مصدر في اصله وان وصف به فلوحظ فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلاث وبقية كلامه واضحة قال ولو قال انت طالق الطلاق لو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي انت طالق واحدة وبقولي الطلاق اخري فان لم تكن موطوءة لغي الثاني فان كانت موطوءة تصدق ويقع طلقتان رجعيتان لان كل واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المبتدا في الثاني كما لو قال انت طالق وطالق ولو اضاف الطلاق الي جملتها مثل قوله انت طالق لان التا ضمير المراة وذكر هذا وان كان قد علم ما قبله تمهيد الذكر ما بعده او الي ما يعبر به عن الجملة مثل قوله رقبتك طالق قال الله تعالي فتحرير رقبة ولم يرد الرقبة بعينها وكذلك العنق قال الله تعالي فظلت اعناقهم لها خاضعين ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم تقل خاضعة وكلامه واضح ولو قال يدك طالق او رجلك لم يقع الطلاق وقال زفر وان في يقع وكذا الخلاف في كل جز معين لا يعبر به عن جميع البدن كالاصبع والشعر والظفر والسن لهما انه جز مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح وما كان محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لانه رافعه فيكون محلا لا محله فاذا اضيف اليه الطلاق يثبت الحكم فيه توفية لحكم الاضافة ثم يسري الي الكل كما في الجز الشايع فان قيل لو كان الجز المعين محلا لحكم النكاح لانعقد النكاح اذا اضيف اليه ثم سري الي الكل اجاب بقوله بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان السراية ممتنعة اذ الحرمة في ساير الاجزا تغلب الحل في هذا الجز فيمتنع عن السريان وفي الطلاق الامر علي العكس يعني الحرمة في هذا الجز تغلب الحل في ساير الاجزا او قوله ولنا انه اضاف الطلاق الي غير محله ظاهر وتوجيهه ان اليد والرجل ونحوهما اطراف وهي اتباع لا محل له فاذا اورد اعليها دخل الاتباع كما في شرا ملك الرقبة فيكون ذكر الاصل ذكر التبع ولما ذكر التبع فلا يكون ذكر الاصل فان قيل سلمنا ذلك لكن عبر النبي صلي الله عليه وسلم باليد عن جميع البدن في قوله عليه السلام علي اليد ما اخذت حتي ترده اجيب بان المراد به صاحب اليد علي حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال اريد اضمار صاحبها طلقت واما الكلام من حيث الحقيقة فقال شمس الايمة الحلواني رحمه الله اذا قال لها راسك طالق وعني اقتصار الطلاق علي الراس لا يبعد ان يقول لا تطلق ولو قال يدك طالق واراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد ان يقول بانها تطلق واذا قال ظهرك طالق او بطنك طالق اختلف فيه المشايخ فقال بعضهم يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معني الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونهما بخلاف اليد والرجل قال المصنف رحمه الله والاظهر انه لا يصح اي الايقاع بكل واحد منهما لا يصح لانه لا يعبر بهما عن الجملة ولهذا لو قال ظهرك او بطنك علي كظهر امي لا يكون مظاهرا وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها طلقت تطليقة واحدة لانه ذكر بعض ما لا يتجزي وهو الطلاق اذ نصف التطليق او ثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزي كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الالغا وتغليبا للمحرم علي المبيح واعمالا للدليل بقدر الامكان لانه اذا قام الدليل علي البعض وهو مما لا يتجزي وجب الكاله والا لزم ابطال الدليل وكذا الجواب في كل جز سماه كالنصف والربع والثمن والسدس وغيرها لما بينا انه لا يتجزي ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف تطليقتين تطليقة فثلثة انصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة وهذه المسالة من خواص الجامع

الصغير

الصغير قال فخر الاسلام انما اورد يعني محمد هذه المسلة لاشكال وهو ان كل عدد بصفته لا يكون الا نصفين فالقول بالثلثة في ذلك يجب ان يلغو والجواب انه اراد بهذه التسمية الطلاق يعني اراد ثلث تطليقات واستعمل في ذلك ثلثة انصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة فثلثة انصافها يكون ثلثا ومن الناس من قال لا يقع شي لانه مهمل لا معني له ومنهم من قال يقول يقع واحدة لان ذكر العدد صار لغوا فبقي قوله انت طالق ولقايل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما اراد او مجازا ولا سبيل الي الاول لانه اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا الي الثاني لانه لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند ابي حنيفة رحمه الله والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجز وارادة الكل وطولب بالفرق بين ما اذا قال لها انت طالق ثلثة ارباع تطليقتين لم تطلق الا ثنتين ولم يقل قد اوقع ثلث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة ومن اوقع علي امراته ثلاث مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثا واجيب بان جواب هذا اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم فالفرق واضح فان الاجزا التي اوقعها بما كث وهي ثلثة ارباع موجودة في التطليقتين لان ربع التطليقتين نصف تطليقة فثلاثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه الي صرف الكلام عن ظاهره وههنا الاجزا التي اوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلاثة انصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوي تصحيح كلام العاقل علي ما ذكرنا ولو قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل طلقتان وهو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح لان ثلاثة انصاف تطليقة تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله انت طالق واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشايخ يقع ثلاثا لان كل نصف يكون طلقة واحدة لان الطلاق لا يقبل التجزي فيصير ثلاثة انصاف تطليقة ثلث طلقات لا محالة قال ولو قال انت طالق من واحدة الي ثنتين اذا طلقها مشتملا كلامه علي الغايتين فاما ان يدخل الغايتان وهو قولهما او لا يدخلان وهو قول زفر او يدخل الابتدا دون الانتها وهو قول ابي حنيفة القسم الرابع وهو ان يدخل الانتها دون الابتدا لم يقل به احد وجه قول زفر ان غاية الشي لم يدخل فيه والا لم يكن غاية كما في المحدود مثل قوله بعتك من هذا الحايط الي هذا الحايط وهو قياس محض وروي ان ابا حنيفة حجه حيث قال له كم سنك فقال ما بين ستين الي سبعين فقال له فاذا انت ابن تسع سنين فتحير وروي فخر الاسلام ان الاصمعي هو الذي حجه علي باب الرشيد قال له ما تقول لمن قال لامراته انت طالق ما بين واحده الي ثلاث قال تطلق لان كلمة ما بين لم تتناول الحدين فقال له ما تقول في الرجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الي سبعين او يكون ابن تسعة فتحير زفر رحمه الله وقال استحسن في مثل هذا ويلزم علي قوله ان من قال من واحده الي واحدة لا يقع شي وقيل يقع واحده لانه لما جعل الشي الواحد حدا ومحدودا الغي اخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقي انت طالق ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام في العرف يراد الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الي ما يه ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سني من ستين الي سبعين وما بين ستين الي سبعين ويريدون ما ذكرناه يعني الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر قيل فيه نظر لانه لا يتمشي في قوله من واحدة الي ثنتين واجيب بانه يتمشي فيه ايضا لان الاكثر فيه الثلث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر الثنتان وليس بشي لان قوله لان الاكثر فيه يعني في الطلاق وليس الكلام في الاكثر في الطلاق وانما الكلام في الاكثر في كلام المتكلم والثلث غير مذكور فيه واقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحدة الي ثلث وقوله سني من ستين الي سبعين وقوله والاقل من الاكثر معناه اذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة الي ثنتين وعلي هذا سقط الاعتراض وقوله وارادة الكل جواب عن قولهما يراد بها الكل كما يراد في قوله يقال لغيره خذ من مالي من درهم الي مايه وهو ظاهر وقوله ثم الغاية الاولي جواب عن قول زفر ووجهه ان القياس ان لا يدخل الغايتان كما ذكرت الا ان الغاية الاولي لا بد ان يكون موجوده لانه اوقع الثانية ولا يصح الا بعد وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها وقوله بخلاف البيع جواب عن قوله كما لو قال بعت منك من هذا الحايط الي هذا الحايط ووجه ذلك ان القياس فاسد لان الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في ادخالها واما في صورة النزاع فانها ليست بموجوده ولا بد من وجودها للترتب عليها الثانية ووجودها وقوعها وتوقف بما لو قال انت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة ولم يصطرفها الي الاولي واجيب بان قوله ثانية صار لغوا بخلاف قوله من واحده الي ثنتين او ما بين واحده الي ثنتين وما اشبههما واحده صدق ديانة لانه محتمل كلامه لا قضا لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر

نسخة

قوله من واحدة الي ثلاث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق بالاتفاق ولا يتحقق ذكر الابتدا ووقوع الاول ولو نوي ... م

ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر رحمه الله يقع ثنتان لعرف الحساب فيما بينهم ان واحدة في ثنتين اثنتان ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب لان العرض به ازالة الكسر مع عند الفقهاء فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما لو قال انت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع الا واحدة فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث فانه يحتمله لان الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها واضح وان نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلاث سواء كانت مدخولا بها واضح وان نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلث سواء كانت مدخولا بها او لم تكن لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي عند بعض اهل التاويل وهذا لان احد العددين لا يصلح ظرفا للاخر وبين الظرف والمظروف من المعية فاستعير له ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق معنى فتهي لا يصلح ان يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب ... والضرب تضعيف احد العددين بقدر ما في العدد الاخر كالاربعة في الخمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات وتضعيف الخمسة اربع مرات يقع ثنتان وعند زفر ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لعرف الحساب لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه يعني في قوله ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة تملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول والطول يستعمل في القوة وقوة الشي انما تظهر بامتناعه عن قبول الابطال وذلك في البائن دون الرجعي فان قيل اذا اصرح بذكر الطول وقال انت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا عنده فكيف صح تعليله بالطول اجيب بانه اذا قال قال الى الشام كنى عن الطول والكناية اقوى من الصريح لكونها دعوى الشي ببينة وموضعه علم البيان واقول هذه خطا به لا تكاد تنهض في مقام الاستدلال وقيل يجوز ان يكون عنده في هذه المسالة روايتان وهذا اقرب ولنا انه وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع في الاماكن كلها وتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة الى ما وراءه ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون اخر وقوله وان عنى به ظاهر وقوله عند تعذر الظرفية انما تعذر الظرفية لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على ان يكون شاغلا له فيحمل على الشرط لمقاربة اي لمناسبة بين الشرط والظرف لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قاله شمس الايمة وقيل لان الظرف يجامع الظروف كما ان الشرط يجامع المشروط

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ذكر ههنا فصولا مترادفة بحسب اضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه اضافة الطلاق تاخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط ولو قال انت طالق غدا على ما ذكره في الكتاب واضح ... نوى التخصيص في العموم وهو ان العموم يحتمل التخصيص فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة لكنه مخالف للظاهر لان الغد اسم لجميع اجزاء النهار فلا يصدق قضاء ولقائل ان يقول العام ما يتناول افرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والاخر فهو من اجزائه لا من افراده وحينئذ لا يكون نية اخر النهار تخصيصا ولا عموم ولا تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء مجاز لا محالة ولو قال انت طالق اليوم غدا ظاهر واعترض بانه لم لا يحمل على حرف العطف للطلاق اخر اجيب بانه يحتاج الى تقدير انت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه في غير موضع الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة والاولى ان يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله انت طالق غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم اجيب بان ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكروه وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لا ثباتها فيكون الثاني لغوا ولو قال انت طالق في غد على ما ذكره في الكتاب ظاهر ... على ما بينا الاشارة الى قوله لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر وتقريره ان خلاف الظاهر انما لا يدين في القضاء اذا لم تكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه وههنا صادفتها فتدين قضاء وديانة الا ترى ان من حلف لا يتزوج النسا ونوى جميع النسا صدق قضاء وديانة وان كان مخالفا للظاهر لمصادفته نيته حقيقة كلامه وفيه نظر لان الحقيقة لا تحتاج الى النية وانما يحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويمكن ان يجاب عنه بعد معرفة ان في غد لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقته وغدا يقتضيه وهو حقيقته بدليل قوله تعالى انا لننصر رسلنا والذين امنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الاشهاد فانه لا استيعاب فيما فيه الحرف وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تعالى ذكر نصرة الرسل والمرسل

و المرسل اليهم في الدنيا مقرونة بحرف في وذكر نصرتهم في الاخرة غير مقرونة بها وهذه الاية لان نصرة الله اياهم في الاخرة دائمة واما نصرتهم في الدنيا فكانت تقع في بعض الاوقات لانها دار الابتلاء وكل ما هو حقيقة في احدهما فهو مجاز في الاخر واذا عرف هذا فيكون نيته حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز وكان من الجائز قبله بيان نيته ان يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب فاذا بينها قطع احتمال المجاز وبيانه اصول الفقه وباقي كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرناه ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شي لانه اسنده الى حالة معهودة اي معلومة منافية لمالكية الطلاق لانها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي اضاف الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح فكانه قال ما كنت امس في قيد نكاحي واذا امكن ذلك صير اليه لكونه موضوعا له دون الانشاء وفيه نظر لان الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو غير متصور لان المطلق ان كان هذا الزوج فليس بمستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور بقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج فيكون تكرارا وايضا قوله انت طالق موضوع للاخبار لغة ولا نسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوي يمنع المصير الى المفهوم الشرعي فان ذلك يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنه ان قوله انت طالق امس لمن تزوجها اليوم اما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق او محمول على الاخبار عن عدم النكاح مجازا فان رفع النكاح يستلزم عدمه وامكان المصير الى المفهوم اللغوي انما لا يمنع المصير الى المفهوم الشرعي اذا لم يفض الى اللغو فاما اذا افضى اليه فيصار اليه صونا لكلام العاقل عن الالغاء وقوله وعن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج يعني ان هذه المراة اما ان تكون مطلقة زوج اخر اولا فان كان الثاني جعل قوله انت طالق امس اخبارا عن عدم النكاح مجازا وان كان الاول جعل اخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية وهو واضح ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا وعلى هذا على الوجه الثاني فانما يستقيم اذا كانت غير مطلقة لغيره من الازواج واما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج واقعا لتلك النسبة وفيه ما فيه وقوله ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك وما بعده واضح وقوله كما في قوله ان لم ات البصرة يعني كما لو قال لها ان لم ات البصرة فانت طالق لا يقع الطلاق حتى يقع الياس عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد وقع الياس فوجد الشرط والمحل قابل والمكذبة في فوقع فكذلك ههنا وموتها بمنزلة موته يعني يقع الطلاق قبيل موتها ايضا وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها ما لم تمت واذا عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم ات البصرة ووجه ظاهر الرواية ان الايقاع من جهة الوقوع وقد تحقق العجز عن ايقاعه قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بايقاع الطلاق عليها والفرق بين مسالة الكتاب وبين قوله انت طالق ان لم ات البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفي مسالة الكتاب لا يقع في ظاهر الرواية هو ان في مسالة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق وهو اخر جزء من اجزاء حياتها فيطلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم ات البصرة لانه لم يتحقق الشرط بموتها لانه قادر على اتيانها فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق قال ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك فاما ان ينوي شيا او لم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع في الحال وان نوى الشرط وقع في اخر العمر لان اللفظ يحتملهما ونية المحتمل جائزة وان كان الثاني فقد اختلف فيه العلماء قال ابو حنيفة رحمه الله لم تطلق حتى يموت وقالا طلقت حتى سكت الزوج لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين واستدل بقوله تعالى اذا الشمس كورت لافادة الوقت الخالص في امر مترقب اي منتظر لا محالة وبقوله واذا يكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب لافادته في امر كائن في الحال واستدل بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى اي عدم سقوط يعني الوقت عند استعماله شرطا واستوضح كونه بمعنى متى بقوله ولهذا لو قال لامراته انت طالق اذا شيت لا يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله متى شيت ولو كان بمعنى ان يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في ان ولابي حنيفة ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه استغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل ووجه ذلك ان اصابة الخصاصة من الامور المترددة وهي ليست موضع اذا فكانت بمعنى ان ولم يستدل على جانب الظرفية ابتداء اكتفاء بدليلهما واذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها

او يقال ان اطلقتك

على الوجه الاخر واضح ايضا والحاصل

والاصح في الجواب ان الاخبار هنا مجاز فلا يعتبر فيه ما يقابل الانشاء

ثم ان قال لها انت طالق اذا لم اطلقك اذا ما طلقتك

فيها دفعة فان اريد به الشرط لم يطلق في الحال وان اريد به الوقت طلقت في الحال فلا تطلق بالشك والاحتمال
بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في
يدها فلا يخرج بالشك وفيه نظر لان الامر صار بيدها بقوله اذا شيت فلا يمكن ان يكون مخرجا للامر من يدها والا لزم ان
يكون الشي الواحد علة للضدين والجواب ما قررناه في التقرير فليطلب ثمه ولو قال لها انت طالق ما لم اطلقك
انت طالق واصح واوله بقوله موصولا لانه اذا قال موصولا وقعت قياسا واستحسانا لانه وجد الزمان الخالي
عن التطليق وقوله واحرز انه يريد نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركبها وهو راكبها فنزعه في الحال
ونزل منها لا يحنث وان كان اللبس القليل والركوب القليل يوجد ان وقت الاشتغال بالنزع والنزول وقوله ومن قال
لامراة يوم اتزوجك فانت طالق ههنا ثلثة الفاظ النهار والليل واليوم اما النهار فللبياض خاصة والليل فللسواد
خاصة ذلك حقيقتهما اللغوية واما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض
والصحيح وهو مذهب الاكثر ان اطلاقه على مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز اولى من الاشتراك لعدم
اختلال الفهم بوجود القرينة وعلى التقديرين لا يخلو ان الظرفية فترجح احد معنييه على الاخر بان قرن به فان
كان ممتدا او هو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة لغيرها وغيرها لصحة ان يقال لبست يوما او ركبت
يوما او سكنت يوما يحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهو اليق به وان كان مما لا يمتد كالخروج والدخول
والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت يوما او دخلت يوما او قدمت يوما فيحمل على مطلق الوقت
اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال الاية والمراد به
مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان او نهارا وقوله والطلاق من هذا القبيل يعني من
قبيل ما ليس بممتد فينتظم الليل والنهار يشير الى انه اعتبر المظروف دون المضاف اليه لانه يتميز المضاف
بين سائر الايام ولهذا لم يعمل فيه باتفاق اهل اللغة ولهذا اذا قيل عبدي حر او امراتي طالق يوم يقدم فلان
او امرك بيدك او اختاري يوم يقدم فلان يعتق عبده وتطلق امراته لقدومه ليلا ونهارا للعموم المجاز ولم يكن
الامر والاختيار بيدها بقدومه ليلا مع اتحاد المضاف اليه فيهما لامتداد المظروف في الثاني دون الاول
واعتبار عامة المشايخ انما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر الى حصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف
والمضاف اليه كلاهما لا يمتد ان كقوله يوم يقدم فلان فانت طالق ولهذا لم يعتبر كلهم فيما اذا اختلف الجواب
فيه كمسئلة الاختيار والامر باليد الا المظروف فان قيل اعتبر المصنف رحمه الله المضاف اليه في مسئلة يوم اكلم
فلانا فامراته طالق مع اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد اجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان الكلام عنده
غير ممتد كما قاله بعض المشايخ وحينئذ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وان قال عنيت وهو المقصود
به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استعمالها
عنها فصل لما كان اضافة الطلاق الى النساء مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها في فصل على حدة
وذكر فيه مسايل اخر متنوعة وكان حقها ان يذكر في مسايل شتى ومن قال لامراته انا منك طالق فليس بشي
وان نوى طلاقا ولو قال انا منك باين او عليك حرام ونوى الطلاق طلقت وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق
في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشترك بينهما فان الحل مشترك
بينهما وهو ظاهر وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب انها تملك المطالبة بالوطي كما انه يملك المطالبة بالتمكين ولانهما
سميا متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة وكل ما وضع لذلك صح مضافا
اليه كما صح مضافا اليها في الابانة والتحريم وقلنا لا نسلم ان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين
بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها الممنوعة عن التزوج والبروز سلمنا انه وضع لذلك
لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج مالك وهذا لانها تملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح
ولا يمكن ان يجتمع البدلان في ملك شخص واحد وفوق ولهذا اي ولانها مملوكة سميت منكوحة اي واردا عليها ملك
النكاح بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح اضافتهما
الى الزوجين ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها قيل لو كان الزوجان في الابانة والحل مشتركين لا تحد في حق
اضافة الابانة والحرمة اليها واللازم باطل فانه اذا قال انت طالق باين او حرام ونوى الطلاق وقع ولو قال
انا باين او حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل منك او عليك واجيب بان هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم
الاشتراك بل من حيث فقد الملك والحل من جهته دونها فانه لبين عليها ملك غيره ولا تحل لغيره ما دامت في عصمته
فكانت الجهة معينة فاستغنى بقوله انت باين او حرام واما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها وكانت باقية
عصمته فلا بد من ذكر منك او عليك تعيينا للجهة وقوله ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشي ظاهر
وقوله

وقوله ولا فرق بين المسئلتين يعني قوله انت طالق واحده اولا وقوله انت طالق واحدة اولا شي في حق
التشكيك في الايقاع او في حق الوضع وقوله ولو كان المذكور ههنا اي في الجامع الصغير قول الكل فعن
محمد فيه روايتان لانه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في انه لا يقع شي فكان عند محمد ايضا لا يقع
شي ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط بان عنده تطلق واحدة رجعية اذا قال انت طالق واحدة اولا
ولا تفاوت بين الوضعين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه وقوله له اي لمحمد انه ادخل الشك
وقوله ظاهر وقوله لهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الوصف يعني انت طالق متى قرن بالعدد يعني الحكم
مثل ان يقول انت طالق واحدة او ثنتين او ثلاثا كان الوقوع بذكر العدد اطلق العدد على الواحد
مجازا من حيث انه اصل العدد ومعنى كلامه ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما واحدا في الايقاع
فحينئذ كان الشك الداخل في الواحدة داخلا في الايقاع فكان نظير قوله انت طالق اولا وهناك لا يقع
شي بالاتفاق فكذلك هنا وستوضح ذلك بقوله الاتي وهو واضح وقوله على ما مر اراد به قوله كان الوقوع
بذكر العدد وقوله فللاجتماع بين المالكية والمملوكية فقد تقدم تقريره مستوفى وقوله فلان ملك النكاح ضروري
بيانه ان ملك النكاح اثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري فاذا طرى عليه
الحل القوي وهو ملك اليمين ينتفي الحل الضروري لضعفه فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته
فاما اذا ملك شقصا منها فينبغي ان لا ينتفي الحل الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرا عليه الحل قوي ولا ضعيف
اجيب بان ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيرا ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شي لان الطلاق يستدعي
قيام النكاح ولا بقاء له مع قيام المنافي لا من وجه يعني من حيث العدة لانها من اثاره فلا يجب مع وجود
المنافي والا لكان ملك النكاح باقيا من كل وجه يعني من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من
كل وجه متعلقا بقوله ولا بقا وقيل لا من وجه يعني اذا ملك الشقص ولا من كل وجه يعني اذا ملك الجميع
وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي وقوله ولا عدة هنالك يعني في حق مولاها الذي كان زوجها ان لا يظهر اثرها
عدتها بدليل حل وطيها واما العدة في نفسها فواجبة حتى لو اعتقها ليس لها ان تتزوج باخر قبل انقضاء عدتها
فان قال لها وهي امة لغيره ومن قال لامراته وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك
اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالتطليق بالاعتاق او العتق وهذا الكلام يحتاج
الى بيان انه تعليق وانه تعليق التطليق والمذكور هو الطلاق وانه تعليق التطليق بالاعتاق او العتق
اما انه تعليق فلما بينه المصنف رحمه الله بقوله والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود والعدم والحكم
وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا واما انه تعليق التطليق فلان تصرف
المرء انما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه امرا شرعيا ليس داخلا تحت قدرته واشار الى
ذلك بقوله والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا على ان
الشرط عندنا يمنع علية العلة الى زمان وجوده كما عرف في الاصول واما انه تعليق التطليق بالاعتاق او
العتق فلما قال ان اللفظ ينتظمهما اي يتناولهما على سبيل البدل اما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة
لما ان العتق لما لم يتصور في غير القريب الا بالاعتاق كان من باب ذكر الحكم وارادة علته واما العتق
فعلى طريق الحقيقة وهو الملفوظ فيثبت انه علق التطليق بالاعتاق او العتق واذا كان التطليق
معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده لان الجزاء يوجب الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعد به
ذاته لكونه حكمه فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة
بقي عليه شي وهو ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية واجاب عنه بقوله قلنا قد يذكر للتاخر
كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة
تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين احدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الا بمعنى الاعتاق فا
ان يقع صح
وجه الشق الثاني من الترديد والثاني انه على ذلك التقرير يجب طلاق من قيل لها وهي اجنبية انت
ترتحم طالق في نكاحك لانه يكون معنى ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول ان وجه النظر الى لفظ العتق
لتبيين اثره فيما اذا قال لها انت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة وعن
الثاني بان هم الخطاب وعن العدول بها عن معنى القران الذي هو حقيقته مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف
في ذلك تنجيزا وتعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح
بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام العاقل مطلقا صيانة كلام من ليس كذلك واذا قال واذا كان
كذلك جا غد فانت طالق ثنتين وقال المولى واذا جا غد فانت حرة فجا الغد حرمت حرمة غليظة لم تحل له

حتى تنكح زوجا غيره وعندنا ثلاث حيض عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك
الرجعه كما في المسيلة المتقدمة واعلم ان دليل محمد على ما ذكر في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الاصلاح بعنايه وانا
اذكره بتوضيح تبعا للمصنف قال لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى لفظا معنى على وجه التعليق حيث
علقه بالشرط الذي علق به المولى فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهو مجيء الغد والمعلق بالشرط انما ينعقد سببا
عند الشرط فكانا مقترنين في السببيه بحكمها ايضا والعتق يقارن الاعتاق لانه علته والحكم لا يتاخر عن العلة زمانا
عند المحققين سواء كانت العلة شرعيه او عقليه اصله الاستطاعة مع الفعل كما عرف فيكون التطليق مقارنا
للعتق لان التطليق مقارن للاعتاق على ما ذكرنا والاعتاق مقارن للعتق لما ذكرنا انه علته لا يتاخر عنها فالتطليق
يقارن العتق وهذا كله صحيح وقوله فتطلق بعد العتق فاسد لان الطلاق حكم التطليق لا يتاخر عنه والتطليق
يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن العتق فان المقارن للمقارن للشي مقارن لذلك الشي فكيف يقع بعده واذا كان
العلتان والمعلولان معا فكما ان الاعتاق صادفها وهي امة فكذلك التطليق والطلقتان لا تحرمان الامة حرمة غليظة
وظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكر لمحمد ايضا ان قوله انت حرة اوجز من قوله انت طالق ثنتين وبما ان الاعتاق والطلاق
يوجد ان بهذين اللفظين في زمان واحد فيتقدم اوجزهما في الوجود وهو انت حرة فيصادفه التطليقتان وهي حرة
فيملك الرجعه عليها وهذا اقرب الا ان قوله في زمان واحد ينافي قوله فيتقدم اوجزهما

ذكر وصفه بعد ذكر اصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعا ومن قال لامراته انت طالق هكذا
ويشير بالابهام والسبابه والوسطى فهي ثلاث لان الاشارة بالاصبع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت
بالعدد المبهم لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال النبي عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس الابهام في الثالثه
يعني ان الشهر يكون تسعه وعشرين يوما ومعنى خنس قبض فان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي
ثنتان وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله بالسبابه بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحه واجيب بانه جاء في
الحديث السبابه وروي عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى نبي الله صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور
فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باناء فتوضا فادخل اصبعيه السبابتين اذنيه فمسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسبابتين
باطن اذنيه رواه الطحاوي في شرح الاثار ولما قلنا اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد
في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم والاشارة تقع بالمنشورة منها ظاهرا وقوله ولنا انه وصفه اي وصف الطلاق
بما يحتمله الا ترى ان البينونه قبل الدخول وبعد العدة يحصل به فلم يكن من محتملاته لم يحصل به فيكون هذا الوصف
لتعيين احد المحتملين واعترض عليه بانه لو كان محتملا لجازت نيتها فيقع بقوله انت طالق واحدة بائنه اذا نوى
وليس كذلك واجيب بان النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله انت طالق تغير المشروع لان
الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم ومحوج الى الفرق بين عدم جواز كون النيه مغيرة وجواز
كون الوصف مغيرا للمشروع واجيب بان الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ اقوى في اعتبار الشرع من النيه بدليل انه
لو قال انت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغيره به مشروعا وهو عدم اعتبار الكذب ولو نوى
طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبره طلاقا لئلا يتغير المشروع وهو شرعيته الوقوع بالفاظ الطلاق قوله ومسالة
الرجعة ممنوعة لا نسلم انه لا يقع بائنا بل يقع واحدة بائنه ولئن سلم فالفرق في قوله الا لا رجعه تعرض لما ينفي
المشروع وفي مسيلتنا وصفه بالبينونه ولم ينف الرجعه صريحا لكن يلزم منها نفي الرجعة ضمنا وكم من شي يثبت
ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا افاده شيخي العلامة و فيقع واحدة بائنة يعني فيما اذا قال انت
طالق بائنا اذا لم يكن له نيه او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلاث فثلث لما مر من قبل اي في باب ايقاع الطلاق
بقوله ونحن نقول بنية الثلاث انما صحت لكونها جنسا وقوله تطليقتان بائنتان يعني عندنا وقياس قول
الشافعي رضي الله عنه تطليقتان رجعيتان لان هذا الوصف يعني قوله بائن او البته تصلح لابتداء الايقاع
بان كان يقول انت بائن او انت البته ونوى به الطلاق فكذا اذا نوى به تطليقه اخرى ويكون خبرا بعد
خبر فكان قوله انت طالق انت بائن وكان ينبغي ان يكون احدهما رجعيا عملا بقوله انت طالق الا انا جعلناه
بائنا لعدم الامكان لان الثاني يكون بائنا لا محاله عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول
رجعيا اذا صار الثاني بائنا وهذا ايشير الى ان الاول يقع رجعيا ابتدا فينقلب بائنا لوقوع الثاني
بائنا لعدم تصور بقايه رجعيا وهذا صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعيا فان اراد
ما ذكرنا فلا كلام فيه وان اراد بقايه رجعيا وهذا صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى ان الاول يقع فليس بصحيح
وقوله وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن في ان احكام الاربعة وهي قوله فيقع
واحدة بائنه اذا لم يكن له نيه او نوى الثنتين ولو نوى الثلث صدق ولو نوى بقوله انت طالق واحدة وبقوله
افحش

افحش الطلاق اخرى يقع تطليقتان وكذا الجواب في قوله اخبث الطلاق او اشره او اشده او اكبره او اسوءه
لان الطلاق انما يوصف باعتبار اثره وهو البينونه في الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وما هو غير محسوس
فانما يعرف باثره فصار كانه قال انت بائن فان قيل الافحش والاشد ونحوهما افعل التفضيل فيقتضي فاحشا
وافحش والفاحش هو البائن والافحش منه الثلاث فينبغي ان يقع الثلاث به نوى او لم ينو اجيب بان افعل
قد يكون لاثبات الوصف من غير زيادة كقوله الناقص والاشج اعدلا بني مروان وهو مشهور سمي الاضافه بمعنى
الثاني وكلامه واضح لا يحتاج الى الشرح وذكر الاصل الذي يبنى عليه اقوالهم وهو ايضا واضح وقوله وبيانه
في قوله مثل راس الابرة يقع به واحدة بائنه عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وقوله مثل الجبل يقع
به واحدة بائنه عند ابي حنيفه وزفر ومحمد انما كان مع ابي حنيفه فقوله مثل عظم الجبل يقع به واحدة بائنه
عند ابي حنيفه فقوله مثل عظم الجبل يقع به واحدة بائنه بالاتفاق اما عند ابي حنيفه فلوجود التشبيه
واما عند ابي يوسف فلذكر العظم واما عند زفر فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس فصل
في الطلاق قبل الدخول لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل وله احكام
جمة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل اذا قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا وقعن وقال
الحسن البصري رحمه الله يقع واحدة بقوله انت طالق وثلاثا لغو لانها لا الى عدة وهي ثلاثا تصادفها
وهي اجنبيه فلا يقع به شي كما لو قال انت طالق طالق طالق ولنا ما قال في الكتاب وهو ان الواقع مصدر
محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا يعني قبل هذا ان الوصفه متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر
العدد الى اخره وانما يقدر المصدر محذوفا لان الوصف نعت المراة وهي غير متعدد فلا بد من تقدير
شي يحتمل التعدد والمصدر اولى بذلك لدلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع مصدرا محذوفا لم يكن
قوله انت طالق ايقاعا على حدة والا لزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جمله وصار الكل كلاما واحدا
ولا كذلك انت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحدة ايقاعا على حدة وتبين بالاولى ولا
يقع الثانيه اذا لم يذكر في اخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانيه صادفتها وهي مبانه كما
لو قال انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وقع بطل لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد
وهذه اي هذه المسايل الثلاث وهي قوله انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لو ماتت قبل قوله
ثنتين او ماتت قبل قوله ثلثا تؤافق ما قبلها وهو قوله واذا طلق الرجل امراته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن
من حيث الدليل وهو ان الواقع فيهما ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا ان الحكم اختلف لما ان ذكر العدد
الذي هو الواقع في هذه المسايل الثلاث صادف المراة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق
بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحة حية وقع الثلاث لكون الواقع هو العدد فكان
الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف قوله ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة اعلم ان كلمة قبل
للتقديم وكلمة بعد للتاخير فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة او واحدة بعدها واحدة وقعت واحدة
فاذا قال انت طالق واحدة قبلها واحدة او بعد واحدة وقعت ثنتان وذلك مبني على اصلين ذكرهما المصنف
في الكتاب احدهما ان الظرف اذا قيد بالكنايه كان صفه لما بعده واذا لم يقيد كان صفة لما قبله فيقع واحدة
قبل الاخرى فيفوت المحل ويلغو الثانيه واذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانيه فاقتضى ايقاعها
في الماضي وايقاع الاولى في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان في الوقوع والبعديه في قوله
بعد واحدة صفه لما قبله فيقتضي ايقاع الاولى وايقاع الثانيه قبلها فيقترنان لما مر وفي قوله وبعدها
واحدة صفه للثانيه فتبين بالاولى ويلغو الثانيه لفوات المحليه ولو قال انت طالق واحدة مع
واحدة او معها واحدة وقعت ثنتان لان كلمة مع للقران فتوقف الاولى على الثانيه تحقيقا لمراده
فوقعتا معا وعن ابي يوسف في قوله معها انه يقع واحدة لان الكنايه تستدعي سبق المكنى عنه وجودا وذلك
في الطلاق بالوقوع وقوله وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها اي فيما ذكر من قبل وبعد بالكنايه وغيرها
لقيام المحليه بعد وقوع الاولى قال ولو قال لها ان دخلت الدار اذا علق بالشرط عددا من الطلاق
وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط او اخره فان كان الثاني كما لو قال انت طالق واحدة وواحدة
ان دخلت الدار فدخلت وقع الكلام بجميع بالاتفاق وان كان الاول كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق
واحدة وواحدة فكذلك عندهما وقال ابو حنيفه يقع واحدة لهما ان الواو لمطلق الجمع وقد دخلت الاجزيه
فيجمع بينها فيتعلقن جمله وينزلن كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا لان الجمع بالواو والجمع كالجمع بلفظ
الجمع وكذا اذا اخر الشرط فان تاخيره لا يغير موجب الكلام وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب لان

تحققه في الخارج لا يمكن الاخذ بالوجهين وعلى اعتبار الاول يقع الجملة وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة
كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال لها انت طالق واحدة وواحدة فانه لا يقع الا واحدة بالاتفاق فكان في
الزايد على الواحدة شك فلا يقع بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكلما
كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب
وبانت بالاولى فلا يقع الثانية ولم يجب على التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب وقوله ولو عطف
بحرف الفا فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فانه جعل العطف بالواو والفا سوا وقال ان حرف العطف
يجعلها كلاما واحدا فتعلق كما في صورة الواو سوا قدم الشرط او اخره عندهما خلافا له وذكر الفقيه ابو الليث
رحمه الله انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفا للتعقيب وهو الاصح قال واما الضرب الثاني وهو الكنايات
لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان الثاني وهو الكنايات الكناية ما استتر المراد به وحكمها ان
لا يجب العمل بها الا بالنية او ما يقوم مقامها من دلالة الحال لانها غير موضوعة لما استعمل فيه بل تحتمله وغيره فلا بد
من التعيين او دلالته ثم الكناية على ضربين ما يكون الواقع به واحدة رجعية وما يكون واحدة بائنة فالاول
ثلثة الفاظ هي اعتدي واستبري رحمك وانت واحدة ولا بد لكل واحد منها من احتمال معنيين حتى تحتاج
الى التعيين بالنية او ما يقوم مقامها من دلالة الحالة وقد ذكر المصنف في كل واحد منها ذلك وكلامه فيه
واضح وقوله لان قوله انت طالق فيها اي في هذه الالفاظ الثلثة مقتضى اي ثابت بالاقتضا في قوله اعتدي
واستبري كما اشار اليه ان قوله فيقتضي طلاقا سابقا لان الامر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير
الطلاق سابقا وقوله او مضمر يعني في قوله انت واحدة وقوله ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ
يعني سوا قال انت واحدة بالنصب او بالرفع او بالسكون هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق
اذا نصب الواحدة وان لم ينو لكونه صفة للطلقة اما اذا رفعها فلا يقع وان نوى لانها حينئذ يكون صفة لها
وقيل هو قول محمد وعند ابي يوسف يقع في الاحوال كلها لان نية الطلاق لا تمنع عن الرفع وان اخطا في الاعراب
وان اسكن فهو محتاج الى النية لاحتمال المعنيين والصحيح ان الكل سوا لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب
والثاني هو بقية الكنايات وهي المذكورة في الكتاب اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا فثلاثا
وان نوى ثنتين كانت واحدة اما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله الطلاق وغيره الا ان يكون في حالة مذاكرة
الطلاق فان القاضي يحكم بالوقوع وان ادعى الزوج عدم النية واما جواز نية الثلاث فلان الواقع بها اذا كان
بائنا فالبينونة تتصل بالمراة للحال ولا اتصال لها الا بانقطاع يرجع الى الملك وانقطاع يرجع الى الحل فقد
المتقضي بتعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمثنى بمعزل عن ذلك قال المصنف رحمه الله سوى يعني
يعني القدوري سوى بين الفاظ الكنايات في وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق وليس على اطلاقه بل
انما ذلك فيما لا يصلح ردا فلا بد من بيانه وبين بقوله والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا
وحالة مذاكرة الطلاق بان سالته ذلك وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وهو
سبعة اخرجي اذهبي اغربي قومي تقنعي استتري تخمري اما صلاحية هذه الالفاظ للرد فان يريد الزوج بقوله
اخرجي اتركي سوال الطلاق وكذلك اذهبي واغربي وقومي واما تقنعي فمن القناعة وقيل من القناع وهو الخمار
ومعنى الردفيه هو ان ينوي واقنعي بما رزقك الله مني من امر المعيشة واتركي سوال الطلاق او اشتغلي بالتقنع
الذي هو اهم لك من سوال الطلاق وكذا قوله استتري وتخمري لانهما من الستر والخمار وما يصلح جوابا لا ردا ثمانية
الفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري والحاصل ان الاولى تصلح للسب والشتيمة ايضا اذا
عرفت هذا ففي حالة الرضا لا يكون شي منها طلاقا الا بالنية لما قلنا ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من
النية لتعيين احد المعنيين المحتملين والقول قوله في انكار النية مع يمينه وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق
قضا في قوله لم انو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الالفاظ الثمانية المذكورة لان الظاهر ان
مراده الطلاق عند سوال الطلاق والحاكم انما يتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو الالفاظ السبعة
المتقدمة وما يجري هذا المجرى يريد به مثل اعزبي واستبري لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه
وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك يعني اقسام الكنايات لاحتمال الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق
ولا يصلح للرد والشتم وهو ثلثة الفاظ اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها فان الغضب
يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف انه قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت
سبيلك وفارقتك وقال لم انو الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب وهذه اربعة الفاظ وقيل خمسة
الفاظ خامسها الحقي باهلك الحقها ابو يوسف اذ انسب اليك بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع

الواع

انواع الشر فيك وخليت سبيلك لقذارتك وفارقتك في المضجع لدرنك وعدم نظافتك والحقي باهلك لانك اوحشتني
من ان تكوني حليلي قال ثم وقوع البائن بما سوى الثلاث الاول مذهبنا ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاولى
مذهبنا وهو مذهب الصحابة رضي الله عنهم اجمعين فقال الشافعي يقع بها رجعي وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي
الله عنهما لان الواقع بها طلاق واحد لانها كنايات عن الطلاق ولهذا اشترط النية والكنايات عن الطلاق طلاق
ولهذا ينتقص به العدد والطلاق معقب بالرجعة كالصريح فانه انما يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا ولنا ان
تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية وكل ما صدر من اهله كذلك كان صحيحا لا محالة
واما الاهلية فلا خفا فيه لان الكلام فيه والمحلية فثابتة ولهذا كانت المراة محلا للبينونة الغليظة
بالاتفاق واما الولاية الشرعية فلان الدليل الدال على الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة الى اثباتها دال
على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المصنف احدهما قوله كيلا ينسد باب التدارك والثاني قوله ولا يقع في عهدتها
بالمراجعة من غير قصد وقوله باب التدارك اي تدارك دفع المراة عن نفسه لانه لو لم يقع البينونة عليه عسى توقع
المراة عليه لمسها وقبلته بشهوة فتثبت الرجعة والزوج يريد فراقها كذا في النهاية وفي هذا كما ترى جعل الوجهين
وجها واحدا الا انه يعينه تفسير الوجه الثاني واذا جعلت الثاني تفسيرا للاول بالعطف فسد النكته حمله لان وقوع
المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه واذا افسد التفسير فسد المفسر والاولى ان يفسر قوله كيلا ينسد
باب التدارك بان الرجل قد يكون نافرا عن المراة جدا بسبب من الاسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع
ثم يبدو له فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلاثا ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك واما اذا اوجد
ذلك فيتدارك بتجديد النكاح واما الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية ولقايل ان يقول هذا الدليل
يدل على ان تصرف الابانة قد صدر من اهله الى اخره فيكون صحيحا والمدعي ان هذا التصرف تصرف ابانة فلا
بد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة صدر من اهله والجواب ان هذا الدليل يدل على ان الابانة التي
يكن بها التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج اليها لا بد منها وهي لا يمكن ان تكون البينونة الغليظة
لانسداد باب التدارك بها فتعين ان يكون البينونة الخفيفة تطليقة واحدة وقوله وليست كنايات على التحقيق
جواب عن قوله لانها كنايات عن الطلاق وتقريره انها كناية عن الطلاق الصريح انما تكون كالصريح في العمل ان
لو كانت حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقايقها والشرط تعيين احد نوعي البينونة جواب
عن قوله ولهذا اشترط النية وتقريره اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس لذلك
بل هو لتعيين احد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق يعني ان النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق
المجرد وانتقاص العدد جواب عن قوله وينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة
وكل ما هو كذلك ينتقص به العدد وتحقيقه انه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث
كونه طلاقا بائنا وقوله وانما يصح نية الثلاث جواب عن قولكم انها لو كانت عوامل في حقايقها لما صح نية الثلاث
في قوله انت باين مثلا كما لا يصح في قوله انت طالق لانه عامل بنفسه وتقريره صحة نية الثلاث لم يكن من حيث
انه عامل في حقيقته بل من حيث تنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو
الواحد البائن ولا يصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل يعني في اوايل باب
ايقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول انما صحت نية الثلاث لكونها جنسا الى اخره قال وان قال لها
اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلاثا نوى بالجميع
حيضا وقعت واحدة لم ينو شيئا لم يقع شي نوى بالاول طلاقا لا غير وقعت ثلاث نوى بالثانية طلاقا لا غير وقعت
ثنتان نوى بالثالثة طلاقا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى للتاكيد بالاولى حيضا لا غير وقعت ثلاث نوى بالثانية
حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير وقعت
ثنتان نوى بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت
واحدة نوى بالاوليين طلاقا لا غير وقعت وهي ثلاث نوى بالاخريين طلاقا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاوليين
حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاخريين حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى والثالثة طلاقا وقعت ثلاث
نوى بالاولى والثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان
نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا
وقعت ثلاث نوى بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة حيضا وبالثانية
طلاقا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وقعت واحدة وبنا هذه الوجوه على
الاقتضا وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك والله الموفق في كل موضع

٤

ولا ذا الحاجة باب الى اثبات البينونة في التدارك ينسد عليه باب التدارك فيه لا يقع في مراجعتها بوجب ان يكون ... كذا في الذخيرة ... هذا الدليل ... تام عند المدعي لان المدعي اثبات الطلاق البائن ... انما يدل على انسداد باب التدارك وذا يحصل بالثلاث فليتامل

عمائيا الوم

يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول في قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة واخره لان الاصل تصرف المرء بنفسه

فصل في الاختيار

هذا الباب ثلاثة فصول بالاستقراء وذكر متواليه وكلامه واضح وحاصله ان فيه قياسا واستحسانا القياس يقتضي ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء ومن لا يملك شيئا لا يملكه لغيره استحسنوا ترك القياس لاجماع الصحابة رضي الله عنهم روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعايشة رضي الله عنهم اجمعين انهم قالوا اذا خير الرجل امراته كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت فلا خيار لها ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع قوله ولانه تمليك دليل معقول على ان الاصل ان يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية ان القياس ان لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التابيد يتابد لكن تركنا هذا القياس باثار الصحابة رضي الله عنهم والمصنف جعله كالبيع في كونه تمليكا ثم لا يخلوا ان يكون البيع مما يتابد او مما لا يتابد فان كان الاول بطل القياس اعني قياس المصنف التخيير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ما ذكر صاحب النهاية ثم فرق بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضي ان يكون المملك له عاملا لنفسه والتوكيل يقتضي ان يكون الوكيل عاملا لغيره والمراة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا واورد على ذلك شبهة اوردها احدها ان رب الدين اذا وكل المديون بابراء ذمته عن الدين فهو وكيل وان كان عاملا لنفسه في ابراء ذمته عن الدين والدليل على انه وكيل عدم الاقتصار على المجلس ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الابراء والثانية ان التخيير لو كان تمليكا توارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو قال طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلق فطلقت هي نفسها حنث الزوج في يمينه ولو ملكت الزوج طلاقها لما حنث واجاب عن الاول بما حاصله ان تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن جهة وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز ان يقال مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن جهة وكالتها وكذا بقية كلامه في الاجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره واقول التمليك هو الاقدار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الاقدار على التصرف وحينئذ يندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية ان التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها الا بالقبول فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسالة ممنوعة والمنع مذكور في الزيادات ثم المراة اما ان تختار زوجها او نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شيء وقال علي رضي الله عنه يقع طلقة رجعية كانه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانا ناخذ بقول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما انه لا يقع في ذلك شيء قالت عايشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه عليه السلام ولم يعد ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فواحدة باينة عندنا وهو قول علي رضي الله عنه لان اختيارها نفسها يثبت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يقع الثلاث وان نوى بها الزوج لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها متنوعة كما تقدم قوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها قال في النهاية هذا ليس بمختص بذكر النفس في حق ارادة الطلاق البائن من التخيير فان البينونة كما تقع عند ذكر النفس في احد الكلامين فكذلك يقع بذكر ما يقوم مقام النفس في احد الكلامين كالتطليقة والاختيارة وهو واضح وقوله حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فهو باطل قيل اذا لم يصدقها الزوج فانها اختارت نفسها واما اذا صدقها طلقت وان كان الكلامان مبهمين وقوله ولا تعيين مع الابهام يعني ان اختاري من الكنايات يحتمل المعنيين فلا بد من التعيين ولا تعيين مع الابهام قوله ولو قال اختاري نفسك ظاهر وقوله فيتضمن اعادته اي اعادة كلامه فكانها قالت اخترت ما امرتني باختياره وهو النفس وقوله وكذا لو قال اختاري اختيارة بيان ما يقوم مقام النفس في التخيير المفسر لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد لكونها للمرة والاتحاد انما يكون في اختيارها نفسها لانه يتجدد مرة بان قال لها اختاري نفسك بتطليقة ويتعدد اخرى بان قال اختاري نفسك ما شئت او بثلاث فصار مفسرا في جانبه بخلاف اختيارها للزوج فانه لا يتعدد لكونه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد وقوله ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المراة مفسرا بذكر الاختيارة كما لو قال الزوج اختاري فقالت اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيار الصالح للتفسير صار ذكره بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة اليه سواء فكذا بالنسبة الى ذكر الاختيار ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد معنى اذا ارادت الاستقبال او يحتمله ان لم تنوه فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي فانه لا يقع

الطلاق

الطلاق بهذا وجه الاستحسان حديث عايشة رضي الله عنها وهو ما روي انه لما نزل قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا بدا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعايشة رضي الله عنها فقال اني مخيرك بامر فلا تجيبيني حتى تستامري ابويك ثم اقرا الاية فقالت افي هذا استامر ابوي لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها وان كان على صيغة المضارع المحتمل للوعد لان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال والحقيقة يمكن ان تكون مرادة كما في كلمة الشهادة فان الرجل اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه ايمانا لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه ايمانا لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال اشهد بكذا فلا يصار الى المجاز بخلاف قولها انا اطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر اذ ليس ثمة حالة قايمة بالمتكلم يقع قوله اطلق نفسي حكاية عنه من حيث ان الايقاع باللسان دون القلب ولم يوجد فعل اللسان حكاية عن فعل قايم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه ولا كذلك اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قايمة وهو اختيارها نفسها لان الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن امر قايم لا محالة واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بان النحويين اجمعوا على ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم اعرف بالموضوعات واجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بان احد معنيي المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة ارادة الحال به او العادة العرفية والشرعية بدلالة على ان مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا او انا املك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة واداء الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل واقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحويين فلا معتبر بكلامهم فيه وانما هو وظيفة الاصول او وظيفة البيان واهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل الينا من كتبهم واهل الاصول مختلفون فيه الخلاف فمنهم من قال مثل ما قال المصنف ومنهم من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة والقول بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز والحمل على المجاز لان الاشتراك مخل بالفهم على ما عرف قال ولو قال لها اختاري اختاري اختاري او قال اختاري ثلاث مرات فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس وعندهما تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية وان كانت من الكنايات لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر فكان متعينا لا يحتاج الى ذكر النفس لزوال الابهام وقوله الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد وكانها قالت اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت ما صار الي بالكلمة الاولى والذي صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة فكانها صرحت بذلك ولو ذلك يقع واحدة فكذا ههنا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فان القوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وافرد لان الترتيب في فعل الاعيان يقال هذا جاء اولا وهذا جاء اخرا وكل ما لا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذي هو للترتيب وهو الاولى والاخيرة واذا الغي اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الافراد ايضا لان الترتيب فيه اصل بدلالة الاشتقاق والافراد من ضروراته واذا الغي في حق الاصل لغي في حق البناء واذا الغي في حقها بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلاث وفيه نظر من وجهين احدهما انه اطلق الكلام على الاولى والوسطى والاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثاني ان الاولى اسم لعدد سابق فكان الافراد اصلا والترتيب بناء لكونه بيانا من وصفه والجواب عن الاول ان اهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز ان يكون مجازا من باب ذكر الكل وارادة الجزء وعن الثاني ان ذلك صفة والصفة ما دل على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاولى للذات الموصوفة بالفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح ان الترتيب اصل والافراد من ضروراته لان الصفة لا تقوم الا بالذات التي لزمتها الفردية في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا وهو واضح ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يعني في جواب من قال اختاري فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يعني قولها قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يوجب الانطلاق الى البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من الفاظ الصريح

وما يوجب البينونة بعد انقضا العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعي فان قيل اذن
لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يفيد البينونة اشار الي الجواب بقوله
فكانها اختارت نفسها بعد العدة فكان مطابقا من حيث انه الاختيار فقد وجد منها قال الشارح رحمه الله قوله
ملك الرجعة غلط وقع من الكتاب لان المراة انما تتصرف حكما للتفويض والتفويض بتطليق باين لكونه من
الكنايات فيملك الابانة لا غير والاصح من الرواية هي واحدة لا يملك الرجعة لان رواية المبسوط والجامع
الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر
فيه مثل ما ذكر في الكتاب والدليل انه صواب غلط علي ما ذكرناه عامة النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير قال
فان اما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو ان التطليقة لا يتناول الا من الواحدة وانما يكون باينا لان العامل
تخيير الزوج والواقع بالتخيير باين لانه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس وان قال لها امرك بيدك
في تطليقة او اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة
وهو تعقب الرجعة قيل وعلى هذا كان قوله في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقوله اخترت لا يصلح جوابا
لقوله طلقي نفسك بل يلغوا والجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه اضعف
من الطلاق فان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا اصلح بالعكس
لكون الطلاق اقوى وههنا لم يكن اضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الي ظاهر كلامه وهو الامر باليد
والاختيار دون ما يؤول اليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار فجاز ان يقع قولها اخترت جوابا له

فصل في الامر باليد

فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رضي الله عنهم
اذا جعل الرجل امر امراته بيدها كان حكمه كالحكم في التخيير في المسايل قال في النهاية الا ان هذا صحيح قياسا
واستحسانا لان الزوج مالك الامر فانما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه
اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك نفسي
او اخترت نفسي منك لا يقع شي وفي الامر باليد كذلك فينبغي ان لا يصح قياسا كما في الاختيار الا انه اذا ثبت انه
اذا قال امري منك بيدك او امرك مني بيدي ونوى الطلاق فحينئذ يقع واذا قال لامراته امرك بيدك ينوي بذلك
الثلاث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث وبيانه يحتاج الي اثبات صحة جواب الامر باليد
بالاختيار والي كيفية الدلالة على الثلاث اما الاول فقد بينه بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر
باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين في القوة والضعف فجاز ان يقع جوابا له واما كيفية الدلالة
على الثلاث فلان الواحدة صفة الاختيار فصار كانها قالت اخترت نفسي مرة واحدة اي باختيار واحدة
بدليل ما بعده وهو قوله وهو في الاولي الاختيار تقوم انما عبر عنها بمرة لان التصحيف الدال على المرة من الاختيار
وهي الاختيارة فعبر عنها بمفهومها وبذلك اي بقولها اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلاث لان قولها اخترت
جميع ما فوضت الي اختياره واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة باينة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف
فوجب اثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق وهو في الاولى الاختيار ثم لانه اخترت عليه وفي الثانية التطليقة
لدلالة طلقت عليها ولا يتوهم التكرار في قولها وهي في الاولى الاختيار مع تقدم قولها والواحدة صفة الاختيار
لانه اعادة لبيان قرينة المحذوف فكانه قال وهو في الاولى الاختيار لدلالة اخترت عليها فيكون في الثانية التطليقة
لدلالة طلقت عليها الا انها تكون باينة لانها تكون امرك بيدك من الفاظ الكناية والواقع بها باين فيما سوى الالفاظ
المذكورة فكان التفويض في الباين ضرورة انه ملكها امرها فقولها في الباين خبر ان وتقديره التفويض
حصل في الباين لضرورة انه ملكها امرها فان تمليكه اياها امرها يقتضي البينونة لكون الامر باليد من الفاظ الكنايات
وكلامها خرج جوابا له فيتصير الصفة المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في ايقاع المراة ليكون
كلامها مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب اختاري وبين قولها ذلك في
جواب امرك بيدك عند المصنف حتى كان الواقع في الاول رجعيا كما تقدم وفي الثاني باينا كما ذكره وهل هذا الا دليل
على ان ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارح رحمه الله فالجواب ان الاختيار القياس فيه ان لا يقع به الطلاق
وان نواه الزوج الا استحسانا لاجماع الصحابة والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لا في الباين فليس فيه ما يمنع
صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجبه بخلاف الامر باليد لانه من الفاظ الطلاق قياسا واستحسانا على ما
نقلناه عن صاحب النهاية في اول هذا الفصل وانما تصح نية الثلاث في قوله امرك بيدك دون اختاري لانه
يحتمل العموم والخصوص قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شي قال الله تعالى والامر يومئذ لله
اراد به الاشيا كلها واذا كان الامر اسما عاما صلح اسما لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك
بيدك

مغناه

اذا كان الزوج ... الثلاث نقد فمن ... ذكر ... في جواب ... لما ... امرك بيدك ... قد طلقت نفسي ... واحدة ...

بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فتكون نية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا
يحتمل العموم وقد حققناه من قبل يعني في فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع قال
ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد ولو قال امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل حتى لو اختارت
نفسها في الليل لا يقع الطلاق وان ردت الامر في يومها بطل امرها ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح
بذكر وقتين يعني اليوم وبعد غد بينهما وقت من جنسهما يعني الغد لم يتناوله الامر فانها لو اختارت نفسها
في الغد لا تطلق فكانا امرين فيرد احدهما لا يرتد الاخر وهذا دليل كون الامر بيدها بعد غد بعد رده
في اليوم وقوله اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو كان نزيا ادراجه
ملبس وان كان ظاهرا وقال زفر رحمه الله هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد في كون احدهما
معطوفا على الاخر من غير تكرار لفظ الامر وقلنا الفرق بينهما ظاهر وهو ان الطلاق لا يحتمل التاقيت فكانت
الطالق اليوم طالقا غدا او بعد غد وغيره واما الامر باليد فانه يحتمله وذكر وقتين غير متصل احدهما بالاخر
لتخلل وقت بينهما غير مذكور فتوقت الاول وجعل الثاني امرا مبتدا كانه قال ذا امرك بيدك بعد غد ولو قال لها
امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وكلامه واضح وقوله ولانها لا تملك الامر كما لا تملك رد الايقاع
معناه ليس للمراة ان ترد الامر باليد الذي صدر من زوجها لا نقول لا اقبل كما انه ليس لها ان ترد الايقاع
الذي اوقعه زوجها عليها بقوله انت طالق وان كان كذلك كان الامر باقيا في الغد كما كان فكان لها ان تختار
نفسها غدا وقوله وجه الظاهر ظاهر وكذا قوله وعن ابي يوسف انه اذا قال امرك بيدك اليوم قال شمس الائمة
هذه هي الرواية الصحيحة وجعل قاضي خان هذه الرواية اصل الرواية ولم يذكر خلاف احد وقوله
وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لما قدمناه في اخر
فصل اضافة الطلاق واليه اشار بقوله وقد حققناه من قبل قوله فيتوقت به اي باليوم ثم ينقضي
بانقضائه واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل اخر لان هذا
تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف بامر نفسه وهذه متصرفة براي نفسها فهي مالكة والتمليك يقتصر
على المجلس وقد بيناه يعني في فصل الاختيار من قوله التمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع قيل فيه
نظر لانه قال قبل هذا اذا قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر بيدها لا
يبطل في يومين وان قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده باليومين فايدة لان المراة
اذا لم تقم من مجلسها يوما او اكثر لا يخرج الامر من يدها وهذا يقتضي ان يقتصر على المجلس وبينهما تناف ثم ان كانت
تسمع تعتبر مجلسها ذلك لانه الذي سمعت فيه وان كانت لا تسمع لغيبة او صمم فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا
تمليك فيه معنى التعليق وما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وهذا
لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك
والامر باليد يشتمل على معنييهما على ما ذكرتم فكيف يكون محتملا لهما له واجيب بان التمليك الذي هو معتبر فيه
من باب تمليك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الامر بيدها
في المدة التي وقتها فلو بطل الامر بقيامها عن المجلس لم يكن للتاقيت فايدة وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم
ايضا واما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت فاذا كان الامر بيدها مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك
فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين واعتبرنا معنى التعليق فقلنا بنفاذ الايجاب الى
ما وراء المجلس اذا كانت غايبة عملا بالدليلين بقدر الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو قام وهي جالسة فالخيار باق
لان التعليق لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف البيع حيث يعتبر مجلسهما
جميعا فان ايهما قام عن المجلس قبل قبول الاخر جاز واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول يعني الى مجلس
اخر ومرة بالاخذ في عمل اخر على ما بيناه في الخيار يعني قوله اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة اي اخره وقوله
ويخرج الامر من يدها ظاهر وقوله وليس للتقدير به اي باليوم لانه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل
على الاعراض فهو باق والمراد بقوله وقوله قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير وقوله ولو كانت قايمة
فجلست ظاهر وقوله والاول اي رواية الجامع الصغير اصح لان من حزبه امر قد يستند للتفكر لما ان الاستناد
سبب للراحة كالقعود وقوله ففيه روايتان عن ابي يوسف في رواية الحسن عنه لا يبطل وفي رواية الحسن
بن ابي مالك عنه يبطل وهو قول زفر وجه الروايتين مندرج فيما ذكرنا قيل انما خص ابا يوسف بالذكر وان احتمل
ان يكون قول صاحبه كذلك لانهما نقلنا عنه وقوله ولو قالت ادعوا ابي استشيره ظاهر وقوله والسفينة
بمنزلة البيت يعني في انها اذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر قد تقدم وجه

لا يبطل البيع لانه تمليك محض لا شبهة التعليق وتمليك المبيع ورجع احدهما عن كلامه قبل قبول الاخر جاز صح

تقدم فلان ...

تقديم الاختيار وبعده السوال عن تقدم الامر بليد ذو ركه فيسقط ومن قال لامراته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن سوا طلقت جملة او متفرقة
وقوله لان قوله طلقي ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشية فكان الابتدا فيه بمسيلة فيها ذكر المشية اولى وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب ان الابانة من الفاظ الطلاق لانها وضعت لقطع وصلة النكاح الا ترى انه لو قال ابتدا ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت والفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونه تطليقا فكانت الابانة موافقة للتفويض في الاصل واذا كان الجواب موافقا للسوال من حيث الاصل كان صحيحا من حيث الاصل الا انها زادت فيه اي في الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان الرجعية انما تفيد الابانة بعد انقضا العدة فاما ان يبطل الاصل لاجل ما زيد فيه من الوصف او يلغوا الوصف لرعاية الاصل والغا الوصف لتصحيح الاصل اولى فيصير اليه كما لو قالت في جواب طلقي نفسك طلقت نفسي تطليقة باينة ... وينبغي ان يقع تطليقة رجعية انما قال هكذا اتباعا لكلام محمد رحمه الله فانه قال طلقة ولم يتعرض لشي اخر واري انه مستغني عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغوا الوصف الزايد ويثبت الاصل قوله بخلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق وهو واضح وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها حيث كان المفوض الطلاق وما اتت به الابانة وهما متغايران لا محالة وفي هذه الرواية ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن ابي يوسف انها تطلق طلاقا باينا لان الزوج ملكها ايقاع الطلاق مطلقا وهو يملك ايقاع البائن والرجعي فكذا هذا لكن في هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب والفقه هو الاول اعني ظاهر الرواية وان قال لها طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فانت طالق جاز ان يكون معنى طلقي ضرتك ان اردت طلاقها فهي طالق والثانيه ما وجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن الاولي ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما في وجوده تردد ووجود طلاق الضرة اذا فوض اليها امر كاين لا محالة طبعا وعادة فلا يصلح شرطا واجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره والمراة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر لانها في طلاق الضرة اعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ولان الصورتين اما ان يكونا من باب المشية اولا والاول يشمول التمليك اوشمول التوكيل او التحكم الباطل ... وان قال لها طلقي نفسك متي شيت واضح وللقايل ان يقول التمليك في هذه الصورة موجود اولا فان كان فالثاني لا يقدر على الطلاق وليس كذلك وان كان الاول مقتضي على المجلس لكونه لازم التمليك والجواب ان الاقتصار على المجلس من احكام التمليك والحكم قد يتاخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الاصول ... واذا قال لرجل طلق امراتي واضح ومناطه ما ذكرنا في التمليك والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه ولو قال لرجل طلقها ان شيت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سوا لان التصريح بالمشية كعدم التصريح لانه يتصرف عن مشيته لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وفعله اختياري واذا تساويا كان الثاني توكيلا كالاول وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بع ان شيت فان ذكر المشية لا تخرج التوكيل الى التمليك ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن مشيته لا يقال قد تبين انفا ان الوكيل ايضا يتصرف بمشيته لانا نقول المشية نوعان مشية تفتقر اليها الحركة الارادية وهي ثابتة في كل متوكل ومشية اخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه والاولي ثابتة في الوكيل مع جهة خطر يرفعها قوله طلقها ايقاعا للفعل للموكل والثانية انما تكون في المالك وقد فوضها اليه بقوله ان شيت فكان تمليكا هذا ما امكنني تخليصه من كلام المشايخ وللقايل ان يقول كونه لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى في هذه الصورة واقول اذا ابني الكلام على ما قدمت ان التمليك اقدار شرعي على محل التصرف والتوكيل اقدار شرعي على نفس التصرف لا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض والنظر الاول في طلاق الضرة على ما مر ثم اقول والوكيل في الطلاق كالرسول وحيث لا يتصور ان يكون الشخص رسولا في نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكا واما قوله طلق من تكلم لاجنبي طلق امراتي فيحتمل الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شيت كان توكيلا وان ذكرها صار تمليكا صونا للزيادة عن الالغا اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرة فتامله فلعله مخلص ... والطلاق يحتمل التعليق جواب عن قياس زفر صورة النزاع على البيع فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل التعليق اجيب بانه اعتبر التوكيل بالبيع بمحل البيع فالحاصل وان قال لها طلقي نفسك ثلثا هذا لبيان مخالفة المراة زوجها في ايقاع الطلاق ما فوض اليها والمسلة الاولى
ظاهر

ظاهر واما الثانية فوجه قولهما فيها واضح كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها وكما تقدم فيما اذا قال طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي فانه يقع عليها طلقة رجعية ولم تعتبر ما زادت من صفة البينونة ههنا للمطابقة في اصل الطلاق فيكون بقولها طلقت نفسي ممتثلة ويلغو قولها ثلثا ولابي حنيفة رحمه الله انها اتت بغير ما فوض اليها ومن فعلت كذلك كانت مبتدية كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها فيتوقف على اجازته وكلامه فيه ظاهر فان قيل قد ثبت من مذهبنا اهل الحق ان الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلثة يكون لا عينها ولا غيرها فما وجه اثبات المغايرة بينهما اجيب بان ذلك في العشرة الموجودة والمقصورة واما الثلث ههنا فمعدومة والواحد الموجود غير الثلاث المعدومة فان قيل سلمنا المغايرة لكن اذا قال لها امرك بيدك ونوى الواحدة فطلقت نفسها ثلثا وقعت واحدة وقد اتت بغير ما فوض اليها اذ الثلاث غير الواحدة على ما ذكر اجيب بان التفويض هناك لم يتعرض لشي فقد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر فلما اوقعت ثلثا فقد وافقته في هو اصل التفويض وهو لا يكون اقل من الواحدة فيقع الواحدة ... وان امرها بطلاق يملك الرجعة ظاهر وكذا قوله وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شيت لان معنى قوله ان شيت اي شيت الثلاث اذ الشرط لا بد له من جزا فاما ان يكون المقدم عليه او يقدر مثله متاخرا وعلى التقديرين يتعلق بمشية الثلاث ولم يوجد لمشية الواحدة وكذا الحكم عند ابي حنيفة رحمه الله لان الشرط مشية الواحدة ومشية الثلاث ليست مشية للواحدة كما ان ايقاع الثلاث ليس بايقاع للواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلثا ووجه قولهما ظاهر ولو قال لها انت طالق ان شيت فقالت شيت ان شيت فقال شيت يبطل الطلاق يبطل الامر وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين احدهما انه كان ينبغي ان يقع بقوله شيت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني انه اذا قال شيت طلاقك اي بلفظ صريح الطلاق فينبغي ان لا يحتاج الى النية واجيب عن الاول بان كلامه بنا على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وانما فيه ذكر المشية فيكون شيت منه للمشية لا للطلاق لا يقال كلامها مبني على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق لان كلامها لغو في الاشتغال بما لا يعنيها فيلغو ما بني عليه وعن الثاني بان قوله شيت طلاقك قد يقصد وجوده ملكا وقد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا وقوله اذ المشية تنبي عن الوجود قيل لان المشية في الاصل ماخوذة من الشي وهو اسم للموجود فكان قوله شيت بمنزلة اوجدت وايجاد الطلاق بايقاعه بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب قال النبي صلى الله عليه وسلم الحمى رايد الموت اي طالبه فان قيل ذهب علماونا رحمهم الله في اصول الدين الى ان الارادة والمشية واحدة فما هذه التفرقة فالجواب انه يجوز ان يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسويتهما بالنسبة الى الله تعالى لان ما شا الله كان لا محالة وكذا ما يريده بخلاف العباد وكذا اذا قالت شيت ان شا ابي ظاهر وقوله لان التعليق بامر كاين تنجيز قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله وليس كذلك واجيب بان بطلان الثاني ممنوع وبعد التسليم يقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله اذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل فكذا اذا حصل بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم وقوله ولو قال لها انت طالق اذا شيت الى اخره واضح وقوله فلا يخرج بالشك تعني لو نظرنا الى كونه للشرط لخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شيت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك ... وقد مر من قبل يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان ... ولو قال لها انت طالق كلما شيت ظاهر فلا يملك الايقاع جملة وجمعا قيل معناهما واحد وقيل الجملة هو ان يقول طلقت نفسي ثلثا والجمع ان يقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة وهذا هو الظاهر ولو قال لها انت طالق حيث شيت ظاهر فان قيل اذا الغي ذكر المكان بقي قوله انت طالق شيت فينبغي ان يقع الطلاق في الحال كما لو قال انت طالق دخلت الدار فانه يقع الساعة اجيب بان حيث واين تفيد ان ضربا من التاخير وحرف الشرط ايضا يفيد ضربا من التاخير فيشتركان في خصوص معنى التاخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط فان قيل اذا جعلا مجازا عن حرف الشرط لما ذا يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلا مجازا عن حرف ان واما اذا جعلا مجازا عن كلمة اذا او متى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازا عن اذا او متى اجيب بان جعلهما مجازا عن ان اولى لانها لمحض الشرط فكانت اصلا في الباب والاعتبار بالاصل اولى من غيره بخلاف الزمان لان للطلاق تعلقا به لوقوعه في زمان دون زمان واذا كان واقعا في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتباره اي اعتبار الزمان خصوصا كما لو قال انت طالق غدا وعموما كما لو قال انت طالق في اي وقت شيت فالحاصل وان قال لها انت طالق كيف شيت اختلف علماونا رحمهم الله فيما اذا قال انت طالق كيف شيت

و انما تبطل بالقيام عن المجلس

هل يتعلق اصل الطلاق بمشيتها اولا فقال ابو حنيفة رحمه الله لا يتعلق بل يقع طلقة واحدة ولا مشية لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشية اليها في المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو اما ان نوى الزوج شيا او لم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيتها في الكم والكيف كما قالوا جريا على موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيتها فذاك وان اختلفتا بان شات بائنة والزوج ثلاثا او بالعكس وقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع شي لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشا واذا شاءت وقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلاث لانه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت لان كلمة كيف للسوال عن الحال مطلقة فلا بد من تعليق الاصل بمشيتها ليثبت لها المشية في جميع الاحوال كما لو قال انت طالق ان شيت او حيث شيت او اين شيت ولابي حنيفة ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل لا يقال كيف اصبحت اي على اي وصف من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والطلاق في وصفه يستدعي وجود اصله والا لكان كيف لطلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر وههنا سوال مشهور وهو ان المنقول انه لا يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب ان تستقل باثبات ما فوض اليها اعتبارا بعامة التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والطلاق يعني العدد والبينونة فيحتاج الى النية لتعيين احدهما وقد روي الطحاوي ان للمراة ان تجعل الطلاق بائنا او ثلثا في قول ابي حنيفة رحمه الله قال صاحب النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وقد راجعت الفحول في جواب هذا الاشكال فما قرع سمعي جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي ولقائل ان يقول لا مناسبة لهذا التفويض بعامة التفويضات الا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق وهو ان المفوض ههنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر وصحة ان المتاخر الى المشية ما علق بها والتعليق بالمشية انما حصل بكلمة كيف لان قوله انت طالق ليس شي منه وهي لا تعلق بها بالاصل اصلا فكيف يكون منجزا لاصل الطلاق ومفوضا لوصفه المتنوع وتفويض وصف الشي مبهما قبل وجود الاصل ممتنع الا في غير المدخول بها لا اثر لمشية الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغوا تفويض الصفة اي مشيتها وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الاصل فلها المشية بعد وقوعه وقوله وعلى هذا الخلاف العتاق يعني اذا قال لعبده انت حر كيف شيت عتق عند ابي حنيفة رحمه الله ولا حال للعتق يفوض اليه وعندهما لا يعتق حتى يشا وانما قال في الكتاب قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة لان ما اورده في الفصل مثل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما ولا ذكر الرواية فيه على قول ابي حنيفة رحمه الله لا غير فذكره ليبين ان ما ذكره في الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل وان قال لها انت طالق كم شيت او ما شيت طلقت نفسها ما شاءت فذكر في اصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلاثا ما لم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلاثا والزوج لا يسعه ان يطلقها ثلاثا اجيب بانه يجوز ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلاثا مشية القدرة لا مشية الاباحة يعني انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فمن شا فليومن ومن شا فليكفر على انه روي عن الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه الاختصاص اضطرارها فان التفريق يخرج الامر من يدها قوله لانها يعني كم وما يستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قيل هذا في كم مسلم واما في ما فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى ما دمت حيا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد بالشك اجيب بان جانب العدد مترجح باصل اخر وهو ان هذا التفويض بمعنى التمليك لانه تفويض الى المراة امر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتتعارض جهتا الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح به اولى فان قامت عن المجلس بطل لما ذكرنا انه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد لانه فيه اذ ليس فيه ما يدل على التكرار قيل هو احتراز عن كلما وكل ما هو امر واحد يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسوال وذلك الجواب الواحد ينبغي ان يكون في الحال لانه خطاب في الحال اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مراد القايل وهو احتراز عن اذا او متى والخطاب في الحال يقتضي الجواب في الحال فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار ولو قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شيت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلاث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها ان تطلقها ثلاثا لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز يعني للبيان كما في قوله تعالى

واجتنبوا

واجتنبوا الرجس من الاوثان وقد تكون للتبعيض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا كما اذا قال كل من طعامي ما شيت او طلق من نسائي من شايت ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والبيان لذلك لانه بالنسبة الى الواحدة عامة وبالنسبة الى الثلاث بعض فان قيل فعلى هذا لا يتناول الواحد لانه ليس بعام اجيب بانه يتناوله دلالة واذا كان العمل بهما ممكنا لا يهمل احدهما وما استشهد به ترك التبعيض بدليل خارجي وهو اظهار السماحة او لعموم الصفة وهو المشية فان النكرة اذا اتصفت بصفة عامة تعم كما عرف وههنا كذلك حتى لو قال من شيت كان على الخلاف وقيل ثم انها اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع شي عند ابي حنيفة لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة او اطلقت نفسها ثلاثا لا يقع فكذلك الذي فوض اليها ثنتان اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع وقد مر

باب الايمان في الطلاق

لما فرغ من بيان تفويض الطلاق صريحا وكناية اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا منه ذكر الطلاق والشرط والمركب موخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بامر يدل على معنى الشرط كما هو الحقيقة شرط وجزا سمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار الى الملك جايزة سوا كانت على الخصوص كما اذا قال لامراة ان تزوجتك فانت طالق وعلى العموم كقوله كل امراة اتزوجها فهي طالق وهو قول عمر رضي الله عنه روي ذلك عنه في الظهار وقال الشافعي رحمه الله لا يصح وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه خطب امراة فابى اولياوها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلثا فسيل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزا وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط اذ العلة ليست بعلة في الحال عندنا كما عرف في الاصول والملك متيقن به عنده اي عند وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط وانتفا المانع بوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود الشرط والجزا وقيام الملك في الحال شرط لصحته والجواب ان الشرط الملك متيقن عند الشرط في المتنازع فيه فلا يحتاج الى اشتراطه في الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط فيها ذلك عريت عن الملك ظاهرا لان الظاهر عدم ما يحدث فضلا عن التيقن به وهذا جواب بالفرق والمصنف قايل به وقبل ذلك اي قبل وجود الشرط اثره المنع وهو قايم بالمتصرف لانه يمين ومحله ذمة الحالف فلا يكون شرطا في ذلك الوقت وقد مر الكلام في هذه المسلة واسع وقد ذكرناه في الانوار والتقرير وقوله والحديث يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التنجيز فان المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق وتحقيقه انهم سالوه صلى الله عليه وسلم عن كون ذلك طلاقا فقال عليه السلام لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جايز او ليس بجايز وليس في الحديث ما يدل على نفيه او اثباته والحمل على التنجيز ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما كمكحول وسالم بن عبد الله واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قايم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط لان الاصل بقا الشي على ما كان وهو استصحاب الحال لا يقال المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه ليصح يمينا يعني عندنا على ما مر او ايقاعا يعني عند الشافعي رحمه الله فان عنده كونه طالقا يتعلق لا التطليق فكان ايقاعا في الحال ولكن لم يثبت حكمه فيه ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا للمحلوف عليه او يضيفه الى ملك لان الجزا لا بد ان يكون ظاهرا اي غالب الوجود والظهور باحد هذين الامرين اما ان الجزا لا بد ان يكون ظاهرا فيكون مخيفا بوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة فان الحامل على الحل او المنع الذي عقد اليمين لاجلهما انما هو قوة خوف نزول الجزا والخوف انما يكون اذا كان الجزا غالب الوجود عند الشرط واما ان ظهوره باحد هذين فلانه اذا انعدما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين اعني الحمل او المنع ولو الاضافة الى سبب الملك لقوله ان ملكتك فانت حر لانه اي الجزا ظاهر عند سببه يعني سبب الملك قوله وان قال لاجنبية تفريع على ما مهد من الاصل وهو ظاهر واعترض بانه لم لا يجوز ان يقدر ان تزوجتك حتى يؤول معناه ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق صيانة عن الالغا واجيب بان فعل اليمين مما يتم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يودي الى مذمته كذا قال علامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة ولين كان فعقد نفع فيما يكون محمودا شرعا كما اذا قال ان اسر

ودخلت الدار فانت حرفان لصاحب الشرع غاية يوقوع الحريه والصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا او مقتضي وليس بمحذوف لان المذكور ليس بتوقف عليه لغة ولا مقتضي لان من شروطه ان يكون المقدر احط رتبة من المذكور وان لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان اما الاول فظاهر لان التزوج اعلى رتبة من دخول الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول فما كان شرطا صار بعضه وموضعه اصول الفقه فتامل والفاظ الشرط به غيره لفاظ الشرط وانما حروف الشرط كما قال بعضهم لان عامتها اسما ولم يورد احد حروف الشرط وصفا وهو لو قال في النهايه لان كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى فانها في موضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفا في جزائها بخلاف كلمة لو وهذا لا مدخل له في علم الفقه والصواب ان يقال قد تقدم ان التعليق يمين يعقد للحمل او المنع وذلك انما يكون في المستقبل وكو موضوعه لا متناع الشي لامتناع غيره في الماضي فاني له مدخل في ذلك وفيه تامل لان الشرط مشتق من العلامة قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكر ان الشرط مشتق من الشرط الذي هو معنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير وهو ان بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيفقد ذلك ليستقيم لفظة قوله وهذه الالفاظ ما يليها افعال يعني غير كلمة كل فانه يذكر فيها بلبها اسم وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغويه وليس ذلك طريق معرفتها وانما طريق ذلك السماع وهذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن صح الاستدلال ودليله هنها لا يفيد مطلوبه لان مطلوبه ان هذه الفاظ الشرط ودليله لان الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قررناه وهذه الالفاظ ما يليها الافعال وهذا ايضا مسلم ولكن قوله فيكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين وهو ظاهر وكلامه واضح وقوله الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الايه ومن ضرورة التعميم التكرار وفيه نظر من وجهين احدهما انه عد كلمة كل من الفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم ينته اليمين فان من قال كل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة طلقت ولو تزوج اخرى طلقت كذلك فكان الواجب ان يقول في الاستثنا الا في كل وكلما والثاني انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار والتعميم في كلمة كل موجود كما ذكرنا انفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم يقع الجزا والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال لان الخطر انما يحصل باعتباره لانه الخطر وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار عموم الاسم لم يثبت من معنا الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثاني ان المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم في الافعال انما يكون بتجدد الامثال وهو المراد بالتكرار فاذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى تنتهي الثلاث فاما تزوجها بعد زوج اخر وتكرر الشرط لم يقع شي لان الجزا الطلقات هذا الملك ولم يبق شي منها وبقا اليمين ببقا الشرط والجزا فاذا انتفا الجزا ينبغي الكل وفيه خلاف ما سيجي ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امراة فهي طالق حنث بكل مرة وان كان بعد زوج اخر لما ذكران انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وهو غير محصور فافهم وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها اذا قال لها انت طالق ان دخلت الدار ثم ابانها لم يبطل اليمين لما مر ان بقا اليمين بالشرط والجزا والفرض ان الشرط لم يوجد بعد والجزا ايضا باق لبقا المحل وهي المراة فتبقى اليمين كما كانت في محله وهي ذمة الحالف فان قيل سلمنا ان محل الجزا باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس في الوقوع وانما هو في البقا بيمين واليمين لا يحتاج الى الملك ابتدا بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق ففي البقا اولى لان البقا اسهل من الابتدا ثم بعد ذلك لا يخلو اما ان يكون الشرط في الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط او في غيره كما اذا وجد قبل التزوج فان كان اولا وقع الطلاق وانحلت اليمين اما الوقوع فلان الشرط وجد في الملك فنزل الجزا المتعلق به واما انحلال اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين وان كان الثاني انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شي لانعدام المحليه واذا اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج على ما ذكر في الكتاب وهو واضح قوله ولم تطلق فلانه ليس على ظاهره بل معناه اذا كذبها الزوج في قولها حضت واما اذا صدقها فانه يقع قوله كما اذا قبل في العدة والغشيان اما قبولها في العدة فبان تقول قد انقضت او لم تنقض واما في الغشيان فيحتمل معنيين احدهما ان تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي الزوج الثاني والثاني ان تقبل قولها في حق حل الجماع وحرمته بقولها انا طاهرة او حائض لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها فيه بحث وهو انها لا تخلوا من الحيض ووجوده عدمه والمال شمول طلاقها او شمول عدمه

عدمه لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلم يقع طلاق واحدة منهما فاما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشي موجودا معدوما في حالة واحدة وهو محال واجيب بان الشرع اثبت لقولها حضت في هذه الصورة وصفين متغايرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اقتضائهما وليس ذلك ببدع في الشرع فانه رتب على النكاح وهو امر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة مما تقتضي احدهما الوجود والاخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب ان اقتضا الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه امر خفي لا يطلع عليه وانما الامر في الكلام الدال عليه وهو قولها حضت وليس ثمة اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه فتامل وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله بنار جهنم فانت طالق فيما بينا اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها فتامل ولا يتيقن بكذبها جواب عما يقال اخبارها عن محبتها لتعذيب الله تعالى اياها بنار جهنم مقطوع بكذبها فوجب ان لا يقبل قولها اصلا ووجهه انه لا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به فتامل وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها ظاهر وقوله واذا قال اذا حضت حيضة فانت طالق الفرق بينه وبين ما قبله ظاهر ومن الفرق انه لو قال اذا حضت فانت طالق وهذا العبد كان حرا من حين رات الدم حتى كان الاكتساب له وكان الطلاق بدعيا واذا قال ان حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لا يقع الا بعد ما طهرت فتامل وفي حديث الاستبرا يريد به ما قال النبي صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس ولا الحبالى حتى تستبرين بحيضة اراد به كمال الحيض وهو انما يكون بانتهايه بانقطاع الدم اذا كان ايامها عشرة ايام وبالانقطاع والغسل او ما يقوم مقامه اذا كانت ايامها دون العشرة فتامل واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغرب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه كما تقدم واذا قال صمت صوما فحكمه كذلك بخلاف ما اذا قال ان صمت فانه اذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكره في الكتاب فتامل ومن قال لامراته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة هذه المسئلة لا تخلو عن اوجه ان علم ان الغلام ولدته اولا طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية فلا يقع شي بعده وان علم ان الجاريه ولدت اولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول للزوج لانكاره الزيادة وان لم يدر ايهما اول لزمه في القضا واحدة لانها ثابتة بيقين وفي الثانية شك وفي التنزه وهو التباعد عن السو تطليقتان حتى لو طلقها قبل هذا واحدة لا يطاها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة وترك وطي امراة يحل له وطيها خير من ان يطا امراة محرمة عليه فتامل والعدة منقضية بيقين لما بينا يريد قوله لانه لو ولدت الغلام اولا الى اخره وحاصله ان انقضا عدة الحامل بوضع الحمل فتامل ان كلمتها اباعمرو على ما ذكره في الكتاب واضح سوى الفاظ يذكرها فقوله في حق الطلاق كشرط واحد يعني من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع بدون الملك فكذلك هذا ولنا ان صحة الطلاق الكلام اي صحة هذا الكلام الذي هو اليمين باهلية المتكلم وهي قايمة به فتكون صحيحة قايمة به بان يكون محله ذميه ولا يحتاج الى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليكون الجزا غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك اذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاوه الى وجود وقت الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حاملا او مانعا وحال تمام الشرط لنزول الجزا لكونه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط الملك لان اليمين يقوم بمحله وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها فاتت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولا يبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب اذا انتقص في خلال الحول فانه لا يضر فتامل وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا مسئلة الهدم وهي معروفة وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكره في الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج اخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق اما عند محمد فلعدم الهدم واما عندهما وان وجد الهدم فبالدخول في الدار يقع الثلاث لان الثلاث معلقة بدخول الدار وانما يظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقتين وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار ثبتت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم وعندهما لا تثبت لتحققه وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شي وقال زفر يقع الثلاث لان الجزا مطلق لمطلق اللفظ اذ لا يتقيد بطلقات في ملك دون ملك فلا يتقيد قوله وقد بقي احتمال وقوعها اي نكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج اخر فيبقى اليمين فاذا وجد المحل يقع الجزا ولنا ان الجزا طلقات هذا الملك بدلالة الحال واما قلنا ان الجزا الطلقات هذا الملك لانها هي المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط او حاملا عليه فهي الجزا لان اليمين للمنع او الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزا الطلقات هذا الملك واذا كان الجزا ذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحليه فات اليمين لما تقدم ان اليمين بالشرط والجزا وقد فات الجزا والكل ينتفي بانتفا جزيه واعترض بان انعقاد اليمين

بتمام

وجه وجعا والتصلب ان يقال ... الشرط في مثل ذلك والحل ... عن ذلك ... منقول صح

لو الحصة في المنع والحل لم يصح اه يقال ان حضت فانت طالق لانه لم يتصور فيه المنع ولا الحل لكون الحيض عارضا سماويا
واجيب بان الاعتبار للغالب الشايع دون النادر وفيه نظر لان السوال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادرا واولى
بعوارض في الوجود انيات كالمحبة والكراهة بخلاف ما اذا ابانها يتعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل
للمحلية بخلاف ما اذا ابانها بطلقة او طلقتين حيث لا يفوت بهذا البقا المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج اخر
عادت بثلاث طلقات عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهي مسالة الهدم وطولب بالفرق بين هذه المسالة
وبين ما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع انه بالبيع لم يبق محلا
لليمين وبينها وبين مسالة الظهار فان هذه المراة لو كان قال لها زوجها ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي ثم طلقها
ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج اخر كان مظاهرا منها ان دخلت الدار واجيب عن الاول بان العبد بصفة الرق كان
محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم تبق اليمين وعن الثاني بان محلية الظهار لا تعدم
بالتطليقات الثلاث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود
الاخر الا انها اذا دخلت الدار بعد الطلقات الثلاث انما لا تصير مظاهرا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا حل
بينهما في ذلك وانما يوجد بعد التزوج بان اذا دخلت الدار حينئذ ثبت الظهار قوله ولو قال لامراته اذا جامعتك
فانت طالق ثلاثا ظاهر وقوله في الفصل الاول يعني اذا لم يخرجه لوجود الجماع بالدوام عليه معناه انه
جعل الدوام على الثبات بعد الدخول بمنزلة الدخول الا بتدا اي ولا دوام للادخال معناه ان للدوام
حكم الابتدا فيما له دوام والجماع هو الادخال ولا دوام له وجب العقر قال في ديوان الادب العقر مهر المراة
اذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه فسر الامام العتابي العقر في شرح الجامع الصغير لوجود المساس
اشارة الى ان هذا الحكم دوام الجماع فيكون البقا كالابتدا الوجود عند ابي يوسف واما دوام المساس لا هو موجود
بالاجماع وعن هذا قيل ينبغي ان يصير مراجعا في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة

فصل في الاستثناء الاستثنا هو التكلم بالثنيا لباقي بعد الثنيا والحقه بفصل التعليق لتناخيهما في كونهما بيانا فيه تغيير
ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام اقوى من الاستثنا لانه يمنع بعضه قدمه على الاستثنا ولما كانت مسالة
ان شا الله تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق في اول فصل الاستثنا لقوة المناسبة من حيث ان كل واحد
منهما يمنع اول الكلام او باعتبار ان الله تعالى سمى استثنا قال ولا يستثنون واختلفوا في قوله ان شا الله
بعد ذكر الحكم للابطال او للتعليق فذهب ابو يوسف الى الاول ومحمد الى الثاني والى هذا اشار المصنف
في باب الاستثنا من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثنا بمشية الله تعالى اما ابطال او تعليق وسنذكره
ثمرة هذا الاختلاف هنا لكن ان شا الله تعالى واذا قال لامراته انت طالق ان شا الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله
صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شا الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط
اي بحرف الشرط صريحا دون حقيقته لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشية الله تعالى ليست كذلك
لثبوتها قطعا او انتفائها كذلك وما هو كذلك لا هو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة
والتعليق اعدام اي اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط هنا غير معلوم لنا اصلا فيكون اعداما من الاصل
فكان ابطالا للكلام ولهذا اشترط ان يكون متصلا به بمنزلة ساير الشروط لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال فلو
سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون حكم الاستثنا او ذكر الشرط رجوعا عن الاول فيكون الاستثنا يعني على
قول محمد او ذكر الشرط يعني على قول ابي يوسف وكذا اذا ماتت معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني اذا
ماتت بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شا الله لا يقع الطلاق لان الكلام خرج بالاستثنا من ان يكون ايجابا واذا
بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب وجد في حياتها والاستثنا بعدها فيكون باطلا لعدم المحل واذا بطل الاستثنا
صح الايجاب فيقع الطلاق اجاب بقوله والموت ينافي الموجب دون المبطل يعني ان الايجاب لو اتصل بالموت
بان تموت قبل تمام قوله انت طالق بطل واما المبطل وهو الاستثنا او الشرط فلا يبطل لان مبطل الشي ما
ينافيه ولا خلف بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه بغير بعد بخلاف ما اذا مات الزوج انت
طالق قبل قوله ان شا الله وهو يريد الاستثنا حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثنا وانما يعلم ارادته
الاستثنا بقوله قبل ذلك اني اطلق امراتي واستثني وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة وقعت ثنتان
وان قال الا ثنتين طلقت واحدة وفي ذكر المثالين اشارة الى ان الاستثنا القليل والكثير سوا خلافا للفرا
فانه لا يجوز الاكثر ويدعي انه لم يتكلم به العرب والاصل ان الاستثنا تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي بالباقي من المستثنى
منه بعد الاستثنا هو الصحيح احترازا عن قول من يقول انه اخراج بطريق المعارضة وموضعه اصول الفقه
فاذا كان كذلك لا فرق بين ان يقال لفلان علي درهم وان يقال له عشرة الا تسعة فيصح استثنا البعض قليلا
كان

منافاة صح

بعد قوله ... صح

كان او كثيرا من الجملة لبقا التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثنا الكل من الكل مثل ان يقول له عشرة الا عشرة لانه لم
يبق بعد الاستثنا شي يصير متكلما به وصارفا للعقد الى فيبقى كلامه الاول كما كان ويقع الثلاث وقد ظن بعض
اصحابنا ان الاستثنا رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فكذا لا يصح وليس كذلك لما انه ابطال استثنا الكل في الوصية
مع ان الوصية محتمل الرجوع وذكر المصنف في زيادته ان استثنا الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ
واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثنا الكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نسا ي طوالق الا زينب
وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وان كان هو استثنا الكل من الكل وهذا لان الاستثنا تصرف لفظي
فيصح فيما يصح فيه اللفظ فلما استثنى الجز عن الكل صح لفظا فكذا فيما بقي اذ لو كان الاستثنا يتبع الحكم الشرعي
لما صح في قوله انت طالق عشرا الا ثمانيا انه لا مزيد على الثلاث شرعا وهو صحيح بلا خلاف وقوله وانما يصح اذا
كان موصولا به ظاهر

باب طلاق المريض لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا وبدعيا وصريحا وكناية منجزا
وتعليقا كلا وجزا شرع في بيان طلاق المريض متعرضا لبعض ما ذكر اذ المرض من العوارض السماوية فاخر بيانه عن
بيان حكم من به الاصل وهو التصحيح الحق واذا طلق الرجل امراته في مرض موته وهذا يسمى طلاق الفار والاصل
فيه ان من ابان امراته في مرض موته بغير رضاها وهي ممن ترثه ثم مات عنها وهي في العدة ورثته خلافا للشافعي رحمه
الله قيد بالابانة لان الطلاق اذا كان رجعيا كان توريثها منه باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار
الفرار وقيد بمرض موته لانه اذا طلقها بائنا في مرض فصح منه ثم مات لا ترث وبغير الرضا لانه اذا كان برضاها
لا ترثه وبهي ترثه لانها اذا كانت امة او كتابية لا ترث وبالموت في العدة لانها اذا ماتت بعد انقضايها لا ترث
خلافا لمالك رحمه الله وحكم الفرار كما يثبت من جانبه يثبت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهي في مرضه
فانه يرثها قال الشافعي رحمه الله لا يورث من زوجين يعني بعد انقضا العدة وبعدها لان سبب ارثها منه الزوجية
والزوجية قد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها
منه في مرض موته وهو ظاهر والزوج قصد ابطال هذا السبب بالطلاق وهو ايضا ظاهر هذا ويرد عليه
قصده بتاخير عمله اي عمل الطلاق الى زمان انقضا العدة دفعا للضرر عنها فان قيل كان سبيل تاخير العمل دفع
الضرر عنها وجب ان يستوي في ذلك الموطوة وغيرها وما قبل انقضا العدة وما بعده اجاب بقوله وقد
امكن يعني انما يصح توريثها منه اذا امكن تاخير عمل الطلاق بكون السبب وهو النكاح قايما وقد امكن ذلك
الى زمان انقضا العدة لان النكاح في العدة باق في حق بعض الاثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز
وحرمة نكاح الاخت وحرمة نكاح رابعة سواها فجاز ان يبقى في حق ارثها منه دفعا للضرر عنها بخلاف غير
الموطوة وما بعد انقضا العدة لان التاخير فيه غير ممكن لعدم بقا النكاح اصلا وقوله الزوجية
في هذه الحالة جوابا عن قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت ومعناه ان الزوج اذا كان مريضا لا تعلق له حق
في مال المراة لكونها صحيحة فلا يرثها اذا ماتت اما لانه لم يتعلق حقه بها واما لانه رضي بحرمانه عن الارث
حيث اقدم على الطلاق واما لانه لم يكن النكاح قايما بوجه من الوجوه وقوله فيبطل في حقه قال في النهاية
بالنصب لانه جواب النفي وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه بخلاف قوله لا غير فانه
لا وجه له وقوله وان طلقها بامرها ظاهر قيل سوالها الطلاق لا يدل على قولها اسقطت مهري من فلان
وثمة لا يسقط واجيب بان الميراث لا ظاهر يحتمل السقوط مقصودا ولكن سببه وهو الزوجية
يحتمل الرفع فاذا لم يرفعها برفعها جعلنا قايما في حقها حكما واذا رضيت حكما بارتضايها فيسقط
الارث ضمنا له وكم من حكم يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وكذلك اذا اختارت نفسها لانه دليل الرضا
بالفرقة وفي الخلع قد التزمت المال فتحصل الفرقة لها وهو دال على الرضا بها وقوله وان قال لها في مرضه في
هذه المسالة التي بعدها يجب الاقل عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويجب ما اقر واوصى بالغا ما بلغ فيهما عند
زفر رحمه الله وقولهما في الاولى كقول زفر وفي الثانية كقول ابي حنيفة قال زفر الميراث لما بطل بسوالها او
تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية واذا زال المانع يعمل المقتضي عمله ووجه قولهما في المسالة الاولى
انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضا العدة صارت اجنبية فلعدمت التهمة واستوى صح ذلك بقوله الا ترى
وقوله سبب التهمة اي العدة سبب تهمة ايثار الزوج الزوجة على ساير الورثة بزيادة نصيب لها كما في
حقيقة الزوجية والحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية يدار على دليل التهمة ولهذا يدار الحكم المذكور على
النكاح والقرابة حيث لا تجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته وذوي قرابته وتحقيق هذا ان الانسان قد
يختار الطلاق فينفتح عليه باب الوصية والاقرار لكذا فقد يتواضع مع بعض قرابته بدين ايثارا له على غيره
ولكنه امر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فاقامه الشرع مقامه ولم يجوز الاقرار والوصية

... صح

... ان لا يصح الاستثنا ... ظاهر ... بل ... ولو قال كل ... ظاهر ... صح

... ان ... صح

... صح

يشكو حبة وقريبه فكذا في المعتدة لان العدة من اسباب التهمة ولا عدة في المسيلة الاولى لتصادقهما على انقضائها
وفي عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشي مقام غيره اقامة السبب
الداعي مقام المدعو او اقامة الدليل مقام المدلول فهما قسمان ولابي حنيفة رحمه الله في المسيلتين ان التهمة قايمة
لان المراة قد تختار الطلاق ليفتح عليها باب الاقرار والوصية فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة
وانقضاء العدة ليبر الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه
ولا مواضعه عادة جواب عن قولهما الا ترى انه يقبل شهادته لها وهو واضح قال ومن كان محصورا
او في صف القتال هذا لبيان ان حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل شي يقرب به الى الهلاك غالبا كان يكون صاحب
فراش وغيره ممن يكون بحال لا يقوم بحوايجه كالاصحا وكلامه واضح ولهذا اخوات تخرج على هذا منها صاحب
السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخاف الغرق صار كالمريض في هذه الحالة ومنها المراة الحامل فانها
كالصحيحة فاذا اخذها الطلق فهي كالمريضة ومنها المقعد والمفلوج ما دام يزداد به فهو كالمريض فان صار بحيث
لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد ادى علته فالغالب ان اخره الموت واذا صار بحال
لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن لذلك وقوله اذا مات في ذلك الوجه بيانه اذا طلقها في مرض موته ثم قتل او مات من غير
ذلك المرض الا انه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان يقول لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت
ولما مات بسبب اخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته
ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن
مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتا في ماله وقد بينا ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق عنها واذا قال الرجل
لامراته وهو صحيح كلامه فيه واضح سوى الفاظ فنذكرها فقوله انت طالق يعني طلاقا باينا لان حكم الفرار انما يعطى
اذا كان الطلاق باينا على ما ذكرنا وكانت هذه الاشيا بمعنى وحدت تامة لا تحتاج الى خبر ودن بتصير
تطليقا عند الشرط ثم حكما لا قصدا ايظهر بمسيلتين احديهما انه لو علق طلاق امراته بالشرط ثم وجد وهو مجنون
فانه يقع مع ان طلاق المجنون غير واقع فدل انه ليس بتطليق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امراته
بشرط ثم حلف ان لا يطلق امراته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطليقا قصدا لحنث والفعل ما له
منه بد او لا بد له منه يصير فارا فيل ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد له منه اذا كان التعليق
في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا الى مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلما فلا ترث
واجيب بان الاضطرار في جانب الفاعل لا يرد وجوب الضمان عليه لمن اضطر الى اكل مال الغير او ابلا
قتل الجمل الصايل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان عصمة المحل تكفي لايجاب الضمان وكانها رضيت
بذلك بمعنى صار كانه طلقها بسوالها لان الرضى بالشرط رضى بالمشروط فان قيل لا نسلم ذلك فان احد شريكي
العبد اذا قال لصاحبه ان ضربته اليوم فضربه عتق وللضارب ولاية تضمين الحالف مع ان الضارب
ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضى اجيب بان حكم الفرار ثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع
الصحابة بشبهة العدوان فانه روي عن عمر وعثمان وعلي وتابعهم فيه غيرهم رضي الله عنهم اجمعين فيبطل حكمه
ايضا بشبهة الرضى ولا كذلك حكم الضمان وقد وجدنا شبهة رضى المراة يكفي ذلك لنفي حكم الفرار وقوله
او في العصر راجع الى صلاة الظهر قيل انما خصها بالذكر وان كان جميع المكتوبات فيه سوا لانها اول صلاة
وضعت على النبي صلى الله عليه وسلم فكان الفعل في النظر الى الاول اسبق وقوله فكذلك الجواب عند محمد
اي لا ترث المراة لانه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه
صنع غاية ما في الباب ان يعدم رضاها او فعلها باعتبار انها لا تجد منه بدا فيكون هذا كالتعليق بفعل اجنبي
او بمجي الشهر وقد بينا انه هناك لا ترث اذا كان التعليق في الصحة فكذلك ههنا لما ان الزوج لم يباشر العلة
ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا فان قيل في هذا اشكال قضية من جانب زفر لانه قال فيما تقدم ان المعلق بالشرط
كالمنجز فكان ايقاعا في المرض فالجواب انه معلق قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لان
الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز
الاعتبار وقوله لان الزوج الجاها الى المباشرة لانه الجا الى فعلها الذي لا بد لها منه علة لاسقاط حقها ولو طلقها
ثم ارتدت اي لو طلقها ثلاثا او باينا فانه لم يظهر اثر الثلاث والبينونة في الارتداد يظهر فيما ذكره بمقابلته من
مسيلة المطاوعة فانها انما ترث في المطاوعة بعد البينونة واما اذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح او بعد الطلاق
الرجعي فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة لان المحرمية لا تنافي الارث ~~حتى لا تنافي الارث~~ يعني بل تنافي النكاح
كما في الام والاخت وهو يعني الارث هو الباقي وقوله فتكون راضية ببطلان السبب اي سبب الارث

وبها

وهو النكاح وقوله وقال محمد لا ترث قيل لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه اخر المتلاعنين فكان اخر المدارين فان قيل
الفرقة انما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء اخر المدارين اجيب بان اللعان شهادة عندنا على ما يأتي
والحكم ابدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء ووجه قولهما ان الفرقة وان كانت تقع بلعانها الا انها مضطرة في ذلك
لاستدفاع العار عن نفسها فكانت ملحقة بفعل لا بد لها منه وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة وان الا
وهو صحيح ظاهر وقوله وقد ذكرنا وجهه يريد قوله قلنا ان التعليق السابق يصير تطليقا الى اخره فان قيل
لا نسلم ان الايلا نظير تعليق الطلاق بمجي الوقت ان كان الايلا في الصحة لما انه متمكن من ابطال الايلا بالفي فاذا لم
يبطل في حالة المرض صار كانه انشا الايلا في المرض وهناك ترث فكذلك ههنا فكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق
في صحته فطلقها الوكيل في المرض كان فارا لتمكنه من العزل فاذا لم يعزل جعل كانه انشا فكذلك ههنا اجيب بان الفرق
بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلا الا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسيلة الوكالة وقوله في جميع
الوجوه يعني سوا كان الطلاق بسوالها او بغير سوالها وسوا كان التطليق بفعلها او بفعله وسوا كان الفعل مما
لها منه بد او لم يكن والباقي واضح

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متاخرة عن الطلاق طبعا اخره وضعا
لتناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح افصح وهي عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرايط
احدها تقدم صريح او بعض الفاظ الكناية كما تقدم والثانية ان لا يكون بمقابلة مال والثالثة ان لا يستوفي الثلاث
من الطلاق والرابعة ان تكون المراة مدخولا بها والخامسة ان تكون العدة قايمة ولا خلاف في شرعيتها لاحد لثبوتها
بالكتاب والسنة والاجماع والفاظ الرجعة ان يقول راجعتك ان كانت في حضرته او راجعت امراتي ان كانت في
الغيبة بشرط الاعلام او في الحضرة ايضا او يقول رددتك او امسكتك او يقول انت عندي كما كنت او انت
امراتي ان نوى الرجعة ولا خلاف لاحد في جواز الرجعة بالقول واما بالفعل مثل ان يطاها او يقبلها او يلمسها
بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة فهي صحيحة عندنا وقال الشافعي لا يصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان
الرجعة بمنزلة ابتدا النكاح لثبوت الحل بها وابتدا النكاح لا يصح بالوطي ودواعيه فكان الوطي حراما كما في ابتدا
النكاح وقلنا هي عبارة عن استدامة النكاح كما بينا وهو اشارة الى قوله الا ترى انه سمي امساكا وستقرره
اشارة الى ما ذكر في اخر هذا الباب وهو قوله قلنا انها قايمة حتى يملك مراجعتها الى اخره والفعل قد يقع
دلالة على الاستدامة جواب الدليل وقوله كما في اسقاط الخيار فان من باع جارية بالخيار ثلاثة ايام ثم وطيها سقط
الخيار كما اذا اسقط بالقول بل ههنا اولى لانه في البيع يحتاج الى رفع السبب المزيل وهو البيع واما ههنا فلا يحتاج
الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع ما لولاه لزال والدفع اسهل من الرفع ولما كان الثابت بالدليل ان بعض الفعل قد يقع
دلالة على الاستدامة احتاج ان يعينه فقال والدلالة اي الدليل فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص بالنكاح
خصوصا في الحرة لبيان ان حل الاستمتاع بها ليس الا بالنكاح واما في الامة فيحل به وبملك اليمين
ايضا بخلاف النظر واللمس بغير الشهوة فانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب والخاتنة والشاهد في الزنا
اذا احتاج الى تحمل الشهادة والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان النظر اليه
رجعة يطلقها فيطول عليها العدة وفيه ضرر بها لقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف
ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا قال ويستحب ان يشهد على الرجعة اذا اراد الرجعة يستحب ان يقول
لاثنين اشهدا على باني قد راجعت امراتي وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في احد قوليه لا يصح وهو
قول مالك وهو غريب لانه لا يوجب الاشهاد على ابتدا النكاح ويجعله شرطا على الرجعة لنا قوله تعالى
فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا
اطلاق النصوص في الرجعة عن قيد الاشهاد وهو قوله فامسكوهن بمعروف وقوله تعالى الطلاق مرتان
فامساك بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك وقوله تعالى فلا جناح عليهما ان يتراجعا وقوله
صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها قوله ولانه اي الرجعة بمعنى الرجوع او على تاويل المذكور استدامة
النكاح كما تقدم والاستدامة انما هي حال البقا والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقا بالاتفاق فكانت
كالفي في الايلا في ان الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقا الا انها اي الشهادة مستحبة لزيادة الاحتياط
ليلا يجري التناكر فيها اي في الرجعة وما تلاه يعني قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم محمول عليه اي على الاستحباب
دفعا للتناكر فكان الامر للارشاد الى ما هو الاوفق كما في قوله واشهدوا اذا تبايعتم بدليل انه قرنها بالمفارقة
حيث قال او فارقوهن بمعروف واشهدوا وهي اي الاشهاد فيها اي في المفارقة مستحب فكذا في الرجعة
واعترض بان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا الزكاة واجيب
بان ذلك فيما اذا حكم على احد الجملتين المتغايرتين بحكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كلتا جملة من الجملتين

مستقلة بحكمها وأما نعقبها جملة اخرى تعلقت بها واحديهما تقتضي تعلقها من حيث الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين ويستحب ان يعلمها بالرجعة لانه لو لم يعلمها لربما تقع المراة في المعصية فانها قد تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها او يطاها الزوج الثاني فكانت عاصية وزوجها اوقعها فيه بسبب ترك الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لانها استدامة للقائم وليست بانشا فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه وتصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم اجيب بانها اذا تزوجت بغير سوال وقعت في المعصية لان التقصير جاء من جهتها واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فان صدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاه في الحال وكل من فعل كذلك فهو متهم وذلك يقتضي ان لا يصح الرجعة وان صدقته ايضا الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشيا الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج او بعد مكث فان كان الثاني يصح الرجعة بالاتفاق وان كان الاول لم يصح عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا الرجعة صادفت العدة لبقاها ظاهرا الا ان تخبر وقد سبقته الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي وقع الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها صادفت حالة الانقضا لانها امينة في الاخبار عن الانقضا اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد اخبرت بذلك والاخبار يقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين واقرب احواله حال قول الزوج واذا صادفت حالة الانقضا لا يكون معتبرا ولا نسلم ان مسئلة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف ولين كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضا والمراجعة لم تثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضا العدة قد كنت راجعتك وهي في العدة فاما ان يصدقه المولى والامة او يكذباه او يصدقه المولى وتكذبه الامة او بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الثاني لم يصح بالاتفاق الا اذا برهن وان كان الثالث وليس له بينة فالقول قولها عند ابي حنيفة وقالا القول قول المولى لان البضع مملوك له بعد انقضا العدة معنى منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا بما هو خالص حقه فلا مرد له والذا كان الاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه زوج امته من فلان وهو اي ابو حنيفة يقول حكم الرجعة يبتنى على بقا العدة وانقضايها وكل ما يبتنى على ذلك يبتنى على قول من يكون القول قوله في ذلك لكونه امينا والقول في العدة قولها فكذا في حكم الرجعة يبتنى على قولها ولم يذكر الجواب عن الاقرار بالتزويج لظهوره وذلك لانه لا صدقه في الرجعة لم يبق له حق في منافع بضعها فاي يكون اقرارا بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقرار بذلك فكان الفرق نيرا وان كان الرابع وعبر عنه المصنف بقوله ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى لان منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهو ينكره وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال بالاتفاق وبالانقضا يظهر ملك المتعة للمولى وهو يبطله فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقربقيام العدة عندها اي عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة وفي هذا الكلام اشارة الى الجواب عن مسيلة التزوج كما اشرنا اليه والملزوم حكم من احكام الطاهرات يعني وقت الصلاة يعني ان الوقت اذا مضى صارت الصلاة دينا في ذمتها وهو من احكام الطاهرات يعني وقت الصلاة يعني ان الوقت اذ اتيممت فصلت اطلق الصلاة ليتناول المكتوبة وغيرها حتى يثبت به من الاحكام يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراة القران واباحة الصلاة وسجدة التلاوة وقوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضابه يعني ان ثبوت هذه الاحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتيمم اما قراة القران فلانها ركن الصلاة واما المسجد فلانه مكان الصلاة واما سجدة التلاوة فهي من توابع القراة فانه يجوز ان تقرا في صلاتها اية السجدة ولقايل ان يقول الحاصل من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة انما تتحقق حال ادا الصلاة فلا يكون قبله طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب ان لا ينقطع الرجعة وان صلت ما لم تغتسل او يمضي عليها وقت صلاة والجواب ان الضروري متى ما ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند ادا الصلاة انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاعه مضي المدة ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته واما الجواب عن جعلها التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هناك مستوفى واذا اغتسلت ونسيت شيا من بدنها لم يصبه الما فان كان عضوا كاملا فوقه لم ينقطع الرجعة وان كان اقل من عضو كاصبع ونحوه انقطعت قال المصنف رحمه الله وهذا استحسان اعلم ان محمدا رحمه الله لم

لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو العضو وما فوقه او ما دونه وروي انه عند ابي يوسف في العضو وفوقه فان القياس ان تنقطع الرجعة لانها غسلت اكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكانها اصابت الما جميع البدن وفي الاستحسان لا ينقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة وعند محمد فيما دونه فان القياس ان تبقى الرجعة لبقا الحدث والاستحسان ان ينقطع بان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف بقلته فلا يتيقن بعدم وصول الما اليه والمصنف اشار الى ذلك بقوله والقياس في العضو الكامل ان لا يبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس ابي يوسف ويقوله اي القياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزا وهو اشارة الى قياس محمد وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الما اليه بان منعت فقلنا لم تنقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان محمد وقال بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف فلما لم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الما لعدم الغفلة عنه عادة فلا ينقطع الرجعة وهذا اشارة الى ابي يوسف فانظر حذف المصنف رحمه الله في هذا الادراج اللطيف الذي كلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المخلصين خيرا وعن ابي يوسف رحمه الله ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل والواو بمعنى او لان الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه وذلك لان حكم الحيض باق لكونهما فرضين في الجنابة وفي رواية اخرى عنه وهو رواية الكرخي عن محمد هو ان كل واحد منهما بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا فان المضمضة والاستنشاق سنتان في الغسل عند مالك والشافعي فكان الاحتياط في الانقطاع بخلاف غيره من الاعضا فانه لا خلاف لاحد في فرضيته قال ومن طلق امراته وهي حامل ومن طلق امراته وهي حامل او ولدت منه ثم طلقها وقال لم اجامعها ثم اراد الرجعة فله ذلك ولا معتبر بقوله لم اجامعها لانه ظهر الحبل في مدة يتصور ان يكون منه لكون المسالة موضوعة في ذلك ومتى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش الحديث وذلك اي جعل الحمل منه دليل الوطي منه وكذا اذا اثبت الوطي تاكد الملك والطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه انه لم يجامعها بتكذيب الشارع وفيه بحث من وجهين احدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله لم اجامعها صريح والصريح فوق الدلالة والثاني انه اقر بقوله لم اجامعها بسقوط حق مستحق له وتكذيب الشارع لا يرده كما لو اقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت اليه امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا واجيب عن الاول بان الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع اقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني بانه لم يتعلق باقراره ههنا حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضي وانتفا المانع بخلاف المستشهد به فان المانع ثمه موجود وهو تعلق حق الغير به وقوله الا ترى توضيح لقوله والطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة وبيان الاولوية ان الاحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطي فلان يثبت به الرجعة التي ليست فيها جهة العقوبة اولى وقوله وتاويل مسيله الولادة ظاهر فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا على رواية كتاب الطلاق بكلمة او وعلى رواية الجامع الصغير وارخى سترا بالواو والاول اصح ثم قال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تاكد الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه فان قيل قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول اجاب بقوله ولم يصر مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل على القبض ومعناه انما يكون مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطي وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه وتقدر المسلم اليه على ان يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب بخلاف الفصل الاول لان الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب فان راجعها بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها يعني وان كان لا يملكها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة اي الرجعة السابقة لان النسب منه ثابت لعدم الاقرار منها بانقضا العدة والاحتمال العدة فان الولد يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فانزل واطيا قبل الطلاق دون ما بعده لان في ما بعده يكون الوطي حراما لزوال الملك بنفس الطلاق يعني لا الى عدة لان الفرض عدم الوطي قبله لانه انكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام فاذا كانت موطوة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة قال فان قال لها اذا ولدت فانت طالق ومن علق طلاق امراته بولادتها ثم ولدت ولدا فاما ان يكون بين الولدين ستة اشهر او لا فان كان الثاني فالولادة الثانية رجعة ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وان كان اكثر من سنتين للوصل اي لما كان بين

الولدين ستة اشهر لا تفاوت بعد ذلك بين ان تكون الولادة الثانية في اقل من سنتين وبين ان تكون اكثر من ذلك
في ثبوت الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى علوق حادث لا محالة وهو بالوطي بعد الطلاق فكان رجعة وان قال
كلما ولدت ولدا فانت طالق على ما ذكره في الكتاب واضح ما ذكرنا الاشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها
بالولد الاول الى اخره قوله والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين التشوف خاص في الوجه والتزين عام
تفعل من شوفت الشي جلوته ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلوا المراة وجهها وتصقل خدها اذ النكاح قايم
بينهما يدل على ان التوارث قايم بينهما وكذلك جميع احكام النكاح قايم ولهذا لو قال كل امراة لي طالق تدخل هذه
المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح قايما لجاز ان يسافر بها كالتي لم يطلقها وليس كذلك
على ما يذكره اجيب بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن فانه نزل في الطلاق الرجعي بدليل
قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة اخراج من البيت فيكون منهيا
عنه فان قيل لم لا يكون نفس المسافرة دليلا على الرجعة اجيب بان الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها
وبينهما تناف فيتنافيان قوله ولانه تراخي عمل المبطل دليل معقول على عدم جواز المسافرة قبل الرجعة وتقريره
تراخي عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج الى المراجعة ولا حاجة اليها فلا تراخي اما ان التراخي لذلك فلما
علم مما تقدم واما عدم الحاجة اليها فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة له اليها وفيه نظر لانه
كلام مدعيا على ان المسافرة لا يجوز اذا انقضت المدة ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة
على عدم جواز ذلك والكلام فيه واجيب بانه اراد ان لو كان المراد بالمدة العدة واذا اريد بها الاقامة
فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل اخر الى انقضاء العدة بالاجماع دون مدة الاقامة ولعل الصواب انه
عدم جواز المسافرة ايضا ثبت بالتبيين لعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين ان المبطل عمل عمله من وقت
وجوده ولهذا احتسب الاقرا من العدة ولو كان عمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب الاقرا
الماضيه من العدة كما لم تحتسب في قوله اذا حضت فانت طالق فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانها شرط
وقوع الطلاق واذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت
المطلقة رجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا حين لم يرد الرجعة فكانه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك
لا يملك اخراج المطلقة الرجعية لانه يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله على ما قدمنا
يعني في اوايل الباب حيث قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحة الرجعة والطلاق
الرجعي لا يحرم الوطي وقال الشافعي يحرمه لان حل الوطي بالزوجية والزوجية زايلة لوجود القاطع وهو
الطلاق ولنا ان الزوجية قايمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها بالاتفاق ولو كانت زايلة لكانت
اجنبية فلم تصح المراجعة بدون رضاها وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله
لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى اي ثبوته نظرا له يوجب
استبداده به اي بالرجعة بتاويل الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لانه قد لا ترضى المراة بالرجعة فحق
الرجعة توجب استبداد الزوج بالرجعة والاستبداد بذلك يكون بوجود يكونه استدامة لا انشا اذ
الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي ان يكون الرجعة انشا لان الزوج لا يستبد به
والاستدامة لا تتحقق الا في القايم فكانت الزوجية قايمة وقوله والقاطع جواب عن قوله لوجود القا
طع ومعناه ان وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية لانه اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم يعني
قوله ثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيار فانه تاخر عمل البيع في اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار
لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك

فصل فيما تحل به المطلقة

به غيره من الطلقات في فصل على حدة واذا كان الطلاق باينا دون الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها
لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة لقوله تعالى فان طلقها
فلا تحل له على ما نذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله ورد بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون
العدم عند العدم عندنا والجواب انه معدوم بعدمه الاصلي اذ العلة لم تصر علة بعد واذا كان حل المحل
باقيا جاز نكاحها في العدة وبعدها فان قيل هذا التعليل في مقابلة النص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة
النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله نهي عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلته باطل اجاب
بقوله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ومعناه ان المراد بالاية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة
لان المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه لاني تجويز نكاح معتدته اذ الاشتباه انما يكون عند اختلاف
المياه وانما يكون في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة والايسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي
وذكره

والحيضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج في العدة واجيب بان ذلك
بيان الحكمة وحكمة الحكم يراعى في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور واقول كما ذكرت
اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق واما انه يلزم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس
بلازم لجواز ان يكون ثمة مانع اخر وهو جهة التعبد وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة وثنتين في الامة لم تحل للزوج
الاول حتى تنكح زوجا غيره والمراد بقوله نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها لقوله تعالى فان طلقها
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد بقوله عند اكثر اهل التاويل والثنتان في الامة كالثلاث في الحرة
لان الرق منصف لحل المحلية لكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزى فتكملت على ما عرف شيخنا واما ان يكون النكاح
صحيحا لان الغاية نكاح زوج اخر مطلقا حيث لم يتقيد بصحة ولا فساد والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في
الاصول والزوجية المطلقة اي الكاملة انما تثبت بنكاح صحيح وانما يشترط الدخول بها اما باشارة الكتاب على ما
ذكره المصنف وهو طريقة بعض المشايخ وهو ان يحمل النكاح في قوله تعالى حتى تنكح على الوطي حملا للكلام على الافادة
دون الاعادة فان العقد استفيد باطلاق اسم الزوج في قوله زوجا غيره فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك
تاكيدا والتاسيس اولى من التاكيد واما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي طلق امراته
في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تميمة وقيل عايشة بنت عبد الرحمن بن عكو فتزوجت عبد الرحمن بن
الزبير القرظي ثم طلقها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي واني
نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي وانما معه مثل الهدبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين
ان ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته وقد روي بروايات مختلفة في بعضها
بلفظ الغيبة كما ذكر في الكتاب وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور في نسخ الاصول وهو حديث مشهور
تجوز الزيادة به على الكتاب ونسخ اطلاقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الاتم فليطلب ثمه والاختلاف
لاحد فيه اي في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقيل وهو قول بشر المريسي وقوله غير معتبر لانه
مخالف للحديث المشهور ولهذا لو قضى القاضي به اي بقول سعيد لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال
كمال ومبالغة فيه اي في الدخول والكمال قيد لا يثبت الا بدليل ولا دليل عليه بل الدليل يدل على عدمه لانه ذكر
العسيلة وهي تصغير العسلة وهي كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج فكان التصغير دالا على
عدم الشبع بالانزال وما لك رحمه الله يخالفنا فيه اي في اشتراط الايلاج دون الانزال ويشترط الانزال وهو
انما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في افادة التحليل والحجة عليه ما بيناه ان الانزال كمال
ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه قوله وفسره اي المراهق في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الى اخره وهو
ظاهر قال ووطي المولى لا يحلها اذا طلق امراته ثنتين وهي امة الغير فوطيها المولى بعد انقضاء العدة لم يحل
للزوج الاول لان غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا قال في شرح الاقطع روي ان عثمان رضي الله
عنه سيل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج وقام
علي رضي الله عنه مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج ولو تزوجها بشرط التحليل بان قال تزوجتك على ان احلك
او قالت المراة ذلك فالنكاح مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له فان محله اشتراط التحليل
في العقد كما ذكرنا اذ لو اضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن وقيل معنى قوله هو محلة الكراهة يحمل الحديث لافساده
فان طلقها يعني الذي شرط التحليل بعد ما وطيها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط
وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الوقت كانه قال تزوجتك الى وقت كذا ولا يحلها على الزوج الاول
لفساده فان من شرط التحليل صحة النكاح كما تقدم وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ان النكاح لا يبطل بالشرط ولا يحلها
على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للاول بعد موت الثاني فيشترط التحليل
يصير مستعجلا للحل فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وذكر في روضة الزندويستي ان ابا حنيفة رحمه الله
قال النكاح جايز والشرط جايز حتى اذا لم يطلقها الثاني بعد وطيه اياها يجبره القاضي على ذلك ويحل للزوج الاول
اذا طلقها الثاني برايه او بامر القاضي اياه قال الامام ظهير الدين هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب واذا طلق
امراته الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث
تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق كما يهدم الثلاث يعني انه يجعل ذلك الباقي من الملك الاول كان لم يكن
ولا يحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلاثا جمعا او فرادى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو مذهب
ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقال محمد وزفر والشافعي لا يهدم ويبقى الزوج مالكا لما بقي
من الاول ويحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر وعلي وابي بن كعب وعمران بن حصين وابي هريرة

رضي الله عنهم فاخذ الشبان بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة استدل محمد
بان الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره كما تقدم وكل ما
كان غاية للحرمة للحرمة لا لان المغيا ينتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة ولا انها للحرمة قبل ثبوتها ولست
بثابتة قبل وقوع الثلاث ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له ووجه الاستدلال ان اهل الحديث
اوردوه في باب ما جاء في الحد لزوج الثاني فكان المراد بالمحلل الزوج الثاني وسماه محللا وهو المثبت للحل ثم الحل
الذي يثبت به اما ان يكون الحل السابق او حلا جديدا لا سبيل الى الاول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين
الثاني وبالضرورة يكون غير الاول والاول حل ناقص فكان الجديد كاملا وهو ما يكون بالطلاق الثلاث فان قيل
سلمنا ان المحلل هو المثبت للحل وان يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضي ان يكون ذلك في المطلقة ثلاثا لامرين احدهما
ما ذكره المصنف انه محله هو شرط التحليل وذلك لا يكون الا في المطلقة ثلاثا والثاني ان الحل قبل ذلك ثابت
فيصرف الى ما ليس فيه ثابت عملا بالحقيقة فالجواب انا قد ذكرنا العقوله وهو محله معنيان احدهما ما ذكرت وليس
يرضى والثاني ان محله الكراهة لا الفساد وحينئذ يندفع الامر الاول وان الحل وان كان قبل ذلك ثابتا لكن اطلاق
المحلل يقتضي ان يكون الزوج الثاني على ان اطلاق محللا فصرفه الى بعض الصور تقييد بلا دليل والثابت غير الثابت
قبله على ما ذكرناه فكانت المطلقة ثلاثا وغيرها سواء وبه يندفع الامر الثاني واذا طلقها ثلاثا فقالت انقضت
عدتي على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله واختلفوا في ادنى هذه المدة قال ابو حنيفة لا يصدق في اقل
من ستين يوما وما لا اقل يصدق في تسعة وثلاثين يوما وتخريج قولهما يجعل كانه طلقها في اخر جزء من اجزاء الطهر
وحيضها اقل الحيض خمسة عشر يوما فالثلاثة اذا كانت تسعة والطهران ثلاثون يوما فكانت
فلذلك صدقت في ثلاثة تسعة وثلاثين يوما لانها امينة اخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها واما تخريج قول ابي
حنيفة رحمه الله فيجعل كانه طلقها في اول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر
يوما لانه غاية لاكثر الطهر فقدرناه باقله وحيضها خمسة لان من النادر ان يكون حيضها اقل الحيض او ممتد الى
اكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وهو خمسة ايام فثلاث اطهار كل طهر خمسة عشر يكون خمسة واربعين وثلاث
حيض كل حيض خمسة عشر فذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره محمد رحمه الله واما على رواية الحسن فيجعل كانه
طلقها في اخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب وايقاع الطلاق في اخر الطهر اقرب الى التحرز
عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها باقل المدة نظرا لها نقدر حيضها باكثر المدة نظرا له فثلاث
حيض كل حيض عشرة ثلاثون وطهران كل طهر خمسة عشر ستون يوما وسنبينها في باب العدة قال في
النهاية وقعت هذه الحوالة غير رائجة لانه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره ورد من حيث اللفظ والمعنى
اما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعدا لا حوالة فكان ينبغي ان يقول وعد غير منجز واما المعنى فلانه لم يقل في باب العدة
من هذا الكتاب فيجوز ان يكون وعده منجزا في باب العدة من كتاب اخر واقول الاول ظاهر والثاني خلاف الظاهر

باب الايلا

قال في النهاية ذكر في الاسرار في اول كتاب الطلاق منه التحريمات التي تعقد لرفع
حكم ملك النكاح اربعة انواع الطلاق والايلا واللعان والظهار ثم قال فبدا بالطلاق لانه الاصل والمباح للزوج
في وقته ثم ادنى درجة منه في الاباحة الايلا لانه من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما نجي فكان ادنى
منه في الاباحة وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال الى يولي ايلاء اذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن
قربان المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا منعا موكدا باليمين وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة وبما متباينان
في ان الاباحة فيه موقتة الى وقت لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك فيه لا يستعقب مكروها
ومنهم من يختار الايلا لما ان التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي وشرطه ان يكون
صادرا من اهل الطلاق عند ابي حنيفة او اهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحة في مدة اربعة اشهر
فصاعدا وركنه ان يقول والله لا اقربك اربعة اشهر او نحوه او يقول ان قربتك فعبدي حر وامثاله وحكمه
لزوم الكفارة بالقربان في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع تطليقة باينة اذا مضت مدة الايلا فهو يمين
يترتب على الحنث واليوفيه شي وعن هذا قيل المولي هو من لا يخلو عن احد المكروهين فاذا قال الرجل لامراته
والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يولون من نسائهم تربص اربعة
اشهر الاية فان وطيها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وقال الشافعي
لا تلزمه الكفارة لان الله تعالى قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم وعد المغفرة والمغفور لا يجب عليه عقوبة
قلنا وعد المغفرة في الاخرة وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا وسقط الايلا على معنى انه لو مضت اربعة
اشهر لا يقع الطلاق لان اليمين يرتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة لان

معنى الايلا عندنا ان مضت اربعة اشهر ولم اجامعك فانت طالق باين وعند الشافعي لا تقع الفرقة بمضي المدة
ولكنه يوقف بعد المدة على ان يفي اليها او يراجعها او يفارقها فان ابى ان يفعل شيئا فرق القاضي بينهما وكان
التفريق تطليقة باينة لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها
بمنع حقها وهو الوطي في المدة فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي المدة تخليصا لها عن ضرر التعليق
ولا يحصل التخليص بالرجعي فوقع باينا وهو الماثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت وهم
عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعند المحدثين هم اربعة ابن عمر وابن
عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكر منهم عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم اجمعين واعترض بان الزوج
انما يكون ظالما بمنع حقها اذا لم يكن وطيها مرة واما اذا وطيها مرة فقد سقط حقها واجيب بان حقها سقط
بالجماع مرة واحدة في القضا واما في الديانة فلا فكان الجزاء زوال النعمة بوقوع الطلاق لمنع حقها ديانة
وفيه نظر لانه يستلزم ان لا يحكم القاضي بوقوعه لانه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة وليس كذلك ولان الا
كان طلاقا في الجاهلية على الفور بحيث لا تبقى الشخص بعد الايلا ابدا فالحكم الشرعي تاجيله الى انقضا
العدة فلم يتصرف فيه الا بالتاجيل فلا يفتقر على تطليقة او تفريق القاضي فان كان حلف يعني اذا
مضت اربعة اشهر ولم يقربها فلا يخلو اما ان كان حلف على اربعة اشهر او على الابد فان كان الاول
فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان كان الثاني فاليمين باقية لانها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث
ليرتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لانه لم يوجد منع الحق
بعد البينونة اذ لا حق لها في الجماع بعدها وهذا اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه ابو سهل الشرعي يقول
يتكرر الطلاق وتتكرر المدة يعني اذا مضت مدة الايلا قبل انقضا العدة لان الايلا في حق الطلاق بمنزلة شرط
متكرر كانه قال كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فانت طالق باين الا ترى انه لو لم يقربها حتى بانت ثم
تزوجها ولم يقربها اربعة اشهر بانت فدل انه بمنزلة شرط متكرر والاصح قول العامة لما ذكر في الكتاب فان
عاد فتزوجها بعد البينونة بمضي اربعة اشهر بعد انقضا عدتها عاد الايلا فان وطيها في المدة والا وقعت
تطليقة اخرى بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج حدث حقها فتحقق الظلم فيزال
بالطلاق البائن ويعتبر ابتدا هذا الايلا من وقت التزوج قيل هو احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضا
العدة فان ذلك الايلا يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج كذا ذكره التمرتاشي فان تزوجها ثانيا
وفي بعض النسخ ثالثا ولكل وجه اما الاول فبالنظر الى التزوج بعد الايلا واما الثاني فبالنظر الى التزوج
قبل الايلا والاول اظهر عاد الايلا ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى تطليقة اخرى ان لم يقربها لما بينا ان اليمين
باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فتحقق الظلم فان تزوجها بعد زوج اخر لم يقع بذلك الايلا طلاق وان
وطيها كفر عن يمينه اما عدم وقوع الطلاق فلتقييده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا انه بمنزلة التعليق بعدم القربان
وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التطليق وهي فرع مسألة التنجيز الخلافية فانه
يبطل التعليق عندنا خلافا لزفر وقد مر من قبل اي في باب الايمان في الطلاق قال في المبسوط واذا الى الرجل من امراته
لا يقربها ثم طلقها ثلاثا بطل الايلا عندنا خلافا لزفر لان الايلا طلاق موجل فانما ينعقد على التطليقات المملوكة
ولم يبق شي منها بعد وقوع الثلاث عليها وكذلك لو بانت بالايلا ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج اخر لم يكن موليا
الا عند زفر واما الكفارة عند الوطي فلبقا اليمين لاطلاقها ووجود الحنث فان حلف على اقل من
اربعة اشهر لم يكن موليا فان حلف على اقل من اربعة اشهر مثل ان يقول والله لا اقربك شهرا او هو وضع المبسوط
او قال لا اقربك شهرين او ثلاثة اشهر لم يكن موليا وقال ابن ابي ليلى هو مول ان ترك وطيها اربعة اشهر بانت بتطليقة
وهكذا كان يقول ابو حنيفة اولا فلما بلغه فتوى ابن عباس رضي الله عنهما لا ايلا فيما دون اربعة اشهر رجع عن
قوله فان قيل فتوى ابن عباس مخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر
اطلق الايلا وقيد التربص بالمدة وذلك يقتضي ان من آلى من امراته ولو مدة يسيرة كيوم او ساعة يلزمه تربص
اربعة اشهر فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهي لا تجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع ابو حنيفة رحمه الله
عن قوله فالجواب ان فتوى ابن عباس رضي الله عنهما وقع في المقدرات والراي لا مدخل له في المقدرات
الشرعية فكان مسموعا ولم يرد عن احد خلافه فيحمل تفسير النص لا تقييدا او تقديره والله اعلم للذين يولون
من نسائهم تربص اربعة اشهر ترك الاول لدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء وقوله ولان الامتناع عن قربانها
دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع هذا البحث وتقريره الامتناع عن قربانها اي عن قربان من الى منها
زوجها شهرا في اكثر المدة وهو ثلاثة اشهر حاصل بلا مانع لانه ليس فيه يمين وبمثله اي بمثل هذا الكلف المنعقد على

أشهر لا يثبت الطلاق بمضي أربعة أشهر لخلوها عن اليمين فكأنه قال لا يقربها أربعة أشهر أو أكثر بلا يمين فإنه
بمضي أربعة أشهر لا يقع شيء والضمير في فيه قيل هو راجع إلى الامتناع وقيل إلى الحلف المفهوم من قوله ويمكن
ويجوز أن يكون راجعا إلى أكثر المدة ولو قال المصنف ولا بد للامتناع من قربانها في بعض المدة يدل إلى أكثر المدة
كان أشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره ولو قال لها والله لا أقربك شهرين وبعد هذين الشهرين فهو مول لأنه
جمع بينهما بحرف الجمع وهو الواو فصار كالجمع بلفظ الجمع كأنه قال والله لا أقربك أربعة أشهر فيكون يمينا
واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنفي على حدة فلو قربها في المدة لزمه كفارة واحدة ولو مكث يوما أو ساعة
ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليا لأن الثاني إيجاب مبتدأ والأصل في ذلك أنه
إذا لم يعد اسم الله في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة دخل المعطوف في حكم المعطوف عليه
كما في المسألة الأولى وأما إذا فات أحد الأمور المذكورة فقد كان إيجابا مبتدأ وعلى هذا في المسألة الثانية لا يكون
موليا لفوات الأمور الثلاثة لوجود المكث يوما وإعادة اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعا بعد
اليمين الأولى شهرين وبالثانية مضافا إلى الأولى لقوله بعد الشهرين الأولين أربعة إلا يوما مكث فيه
فلم يتكامل مدة المنع فلا يكون موليا ويكون كلامه يمينين مستقلين يلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله
لا أقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا لأنه بإعادة حرف النفي صار إيجابا آخر فصار أجلين وتداخلا كما لو
قال والله لا أكلم فلانا يوما ولا يومين فإن اليمين ينقضي بيومين لأنه أعاد كلمة النفي فصار الثاني منفردا عن
الأول فتداخلا وقتهما بعد الانفراد لأن الوقت الواحد يصلح وقتا لهما ونظيره قال مرة والله لا أكلم فلانا
شهرا ولا أدخل هذه الدار شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا فمضى شهر واحد تنتهي الأيمان كلها فكذا لك هنا
إن مضى شهران فقد مضت مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امرأته في مدة الإيلاء بغير شيء يلزمه فلا يصير
موليا بخلاف المسألة الأولى فإنه لما لم يفرد هذه الثانية بنفي على حدة كان الكل مدة واحدة فكان موليا ولو قال
والله لا أقربك سنة إلا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول يصرف الاستثناء إلى آخره كما لو قال
آجرتك داري هذه سنة إلا يوما فتمت مدة المنع ولنا أن المولي من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه
وهذا ليس بصادق على ما نحن فيه لأنه يمكنه القربان إذ المستثنى يوم منكر فما من يوم يمر عليه بعد يمينه إلا ويمكنه
أن يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه ولا يجوز صرفه إلى آخر السنة لأنه معين فكان تغييرا للكلام من
المنكر إلى المعين بغير حاجة لأن الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين بخلاف الإجارة فإن الحاجة ماسة إلى الصرف
إلى آخر السنة لتصحيحه أي لتصحيح عقد الإجارة فإنه لا يصح مع التنكير للجهالة ولو قربها في يوم والباقي أربعة
أشهر أو أكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا
لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة ولا يحل بمنزله أربعة نسوة وقال والله لا أقربكن فإنه
يصير موليا منهن إن لم يقربهن جميعا أربعة أشهر عندنا خلافا لزفر مع أن له أن يطأ كل واحدة منهن إلى أن
يأتي على الثلاث من غير شيء يلزمه لما أن الحنث لا يتعلق بجزء المحلوف قبل أن يأتي الكل كما لو حلف لا يدخل هذه الدور الأربع
له أن يدخل كل واحدة منها من غير حنث ما لم يدخل الكل ثم لما كان في مسألة الحلف على أربعة نسوة يبقى القربان
موليا في الحال في حق كل واحدة منهن علم أن كل إمكان القربان من غير شيء لا يمنع صحة الإيلاء لأنه إنما صار موليا مع
إمكان القربان على الوجه المذكور لأن الحالف ظالم في حق كل واحد منهن بمنع حقها في الجماع كما لو عقد يمينه على كل
واحدة منهن على الانفراد إلا أنه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لأن الكفارة موجب الحنث فلا تجب ما لم يتم
شرطه ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الأخيرة فقط بل بقربانهن جميعا وأما وقوع الطلاق
في الإيلاء فجزاء الظلم وذلك يتحقق في كل واحدة منهن فلهذا بِنَّ عندنا بمضي المدة كذا في النهاية قال ولو حلف
بحج أو بصوم أو صدقة أو طلاق أو عتق فإنه يصير موليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح وقوله
البيع موهوم يعني أن الأصل عدم ما يحدث فلا يمنع ما نفيه فيه أي في الإيلاء ولكن إن باع العبد سقط الإيلاء
عنه لأنه صار بحال يملك قربانها إلا يعتق يلزمه ولو كان جامعها بعدما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لأن اليمين قد
سقطت بوجود شرط الحنث بعد بيع العبد وإن مات العبد قبل أن يبيعه سقط الإيلاء أيضا لأنه يتمكن من قربانها
بعد موته من غير أن يلزمه شيء وقوله وإن آلى من المطلقة الرجعية ظاهر وإن اعترض بأن الإيلاء جزاء الظلم بمنع حقها
في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضاء ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب
للزوج أن يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي أن لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الإيلاء وأجاب
العلامة شمس الأئمة الكردري رحمه الله بأن الحكم في المنصوص مضاف إلى النص لا إلى المعنى والمطلقة الرجعية من
نسائنا بالنص وهو قوله وبعولتهن أحق بردهن والبعل هو الزوج فكانت المرأة من نسائه فكان الحكم المرتب
علي

على نسائهم من الأزواج بقوله للذين يؤلون من نسائهم مرتبا على المطلقة الرجعية ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت علي
كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لأن الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية إذ المحل نساؤنا بالنص فكان
كالبيع بالميتة فيكون باطلا فلا ينقلب بعد ذلك جائزا وإن قربها كفر لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه أي في حق
الحنث لأن اليمين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حسا ولا يعتمد حله وهو نظير ما لو قال والله لا أشرب الخمر
في هذا اليوم فجاز التيمم ولم يشرب حنث وإن كان الفعل حراما محضا ومدة إيلاء الأمة شهران وقال الشافعي
مدة إيلائها كمدة إيلاء الحرة لأنها مدة ضربت لإظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والأمة في ذلك سواء ولنا أن هذه
مدة ضربت أجلا للبينونة فيتنصف بالرق كمدة العدة وقوله وإن كان المولي مريضا هذه المسألة على ثلاثة
أوجه أحدها أنه آلى وهو صحيح وبقي بعد إيلائه صحيحا مقدار أن يستطيع فيه أن يجامعها ثم مرض بعد ذلك ففيؤه بالجماع
عندنا خلافا لزفر رحمه الله لأن المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان كواجد الماء في أول الوقت لم يتوضأ به حتى عدم الماء
جاز له التيمم وقلنا لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم لمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها
بالجماع والثاني أنه آلى وهو مريض وتمت أربعة أشهر وهو مريض وفيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها فإن قال ذلك سقط
الإيلاء عندنا وعند الشافعي في لا يكون إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي لأنه لو كان فيئا لكان حنثا لأن الفيء يستلزم حكمين
وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة وكذلك في الآخر ولنا أنه إذا
ذكر المنع لأن الزوج إذا كان عاجزا عن الجماع حال الإيلاء لم يكن قصده الإضرار بمنع حقها في الجماع إذ لا حق لها فيه
حينئذ وإنما قصده الإيحاش باللسان ومثل هذا الظلم يرتفع باللسان وإذا أرضاها باللسان ارتفع الظلم لأن التوبة
بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئا على هذا الوجه أن تجب الكفارة لأنها جزاء الحنث والحنث لا يتحقق
باللسان فإن قيل إذا كان المولي مريضا وقت الإيلاء وجب أن لا يتحقق الإيلاء لعدم الظلم بمنع حقها إذ ليس لها
حق في الجماع إذ ذاك فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الأئمة الكردري وقد ذكره شمس الأئمة السرخسي
أول كتاب البيوع والثالث أنه آلى وهو مريض فقدر على الجماع في المدة ففيؤه بالجماع سواء كان فاء إليها في مرضه بالقول
أو لم يفئ أما إذا لم يفئ فظاهر وكذا إذا فاء لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف ولقائل أن يقول المولي
إذا كان مريضا حال الإيلاء لا نسلم أن الأصل في فيئه الجماع لما ذكرنا آنفا لأنه إذا إنما يذكر المنع فيكون إرضاؤها باللسان
باللسان والجواب أن المرض قد يطول وقد يقصر وعلى تقدير أن يقصر عن مدة الإيلاء ويقدر على الجماع صار
ظالما بمنع حقها في الجماع وتبين أن حقيقة قصده في الابتداء لم يكن إلا منع الحق بالجماع والأصل في الفيء حينئذ الجماع
ولكن في الطلاق الحلف بعض تسامح على فور كلامه فتأمل وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته لأنه يحتمل
وجوها لا يتبين بعضها عن بعض إلا بالإرادة فإن قال أردت الكذب فهو كما قال لا يقع طلاق ولا يكون إيلاء ولا ظهارا
لأنه نوى حقيقة كلامه لأن المرأة كانت حلالا له فقوله أنت علي حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وفيه نظر
لأن الكذب إذا كان حقيقة كلامه وجب أن ينصرف إليه بلا نية ولا ينصرف إليه إلا بقرينة أو نية لأن الحقيقة
لا تحتاج إلى شيء من ذلك وقيل لا يصدق في القضاء ذكره الطحاوي والكرخي رحمهما الله في مختصرهما لأن القاضي لا يصدقه
في إبطال الإيلاء لأنه يمين ظاهرا لكونه تحريم الحلال كما يذكره وإن قال أردت الطلاق وإن لم ينو شيئا من العدد
أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة بائنة وإن نوى ثلاثا فثلاث لأنه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها وإن قال
أردت الظهار فهو ظهار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد ليس بظهار نقله شمس الأئمة السرخسي
رحمه الله عن السواد ولمحمد أن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة هو الركن فيه ولا تشبيه هنا فلا يكون ظهارا ولهما أنه
أطلق الحرمة وهي تحتمل أنواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق
وإن قال أردت التحريم أو لم أرد شيئا فهو يمين يصير به موليا فإن قربها كفر وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر
بانت بالإيلاء أما إذا أراد التحريم فلأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا لقوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل
الله لك إلى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم وأما إذا لم يرد شيئا فلأن الحرمة الثابتة باليمين أدنى الحرمات لأن في الإيلاء
الوطء حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ولأن الحرمة في الإيلاء لا تثبت في الحال ما لم ينقض أربعة أشهر وفي الظهار
تثبت في الحال وإذا أريد به الطلاق وقع بائنا ويحرم الوطء والإيلاء لا يحرم الوطء فلما كانت حرمة اليمين أدنى الحرمات
تعينت لتيقنها وسيجيء الكلام فيه في الأيمان إن شاء الله تعالى ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم إلى الطلاق بدون النية
ثلاثة قال الإسكاف وأبو جعفر الهندواني وأبو بكر بن سعيد قال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ لأن العادة
جرت فيما بين الناس في زماننا هذا أنهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق
باب الخلع
أخر الخلع عن الإيلاء لمعنيين أحدهما أن الإيلاء لتجرده عن المال كان أقرب إلى الطلاق بخلاف الخلع فإن فيه معنى المعاوضة
من جانب المرأة والثاني أن مبنى الإيلاء نشوز من جهة الزوج والخلع نشوز من جهة المرأة غالبا فقدم ما للرجل على

باب الخلع والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المراة زوجها واختلعت منه بمالها وهو في الشريعة عبارة عن اخذ
مال من المراة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه
من جانب المراة معاوضة على قول ابي حنيفة رحمه الله ويمين من الجانبين عندهما على ما سياتي بيان ثمرة الخلاف واذا
تشاق الزوجان اي تخاصما وصار كل منهما في شق اي جانب وخافا ان لا يقيما حدود الله اي ما يلزمهما من حقوق
الزوجية فلا باس بان تفتدي المراة نفسها منه بمال تبذله منه لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي فلا
جناح عليهما فيما افتدت به اي فلا جناح على الرجل في اخذ ولا على المراة فيما اعطت سمي الله ما اعطته فدا من فداه
من الاسر اذا استنقذه لما ان النساء عوان عند الازواج بالحديث فكان المال الذي يعطي في تخليصهن فدا فاذا فعلا
ذلك وقع طلاق بائن ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضي
الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات فاذا قال
خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع والواقع بالكناية بائن فان قيل لو كان من الكنايات لكانت النية
شرطا وليست بشرط اجاب بقوله الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا وقد قيل في بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع
عن اللباس او عن الخيرات او عن النكاح فلما ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج الى النية ولانها
لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وقوله وان كان النشوز من قبله يقال نشزت المراة على زوجها
فهي ناشزة اذا استعصت عليه وابغضته وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما
صاحبه يكره له ان ياخذ عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا
تاخذوا منه شيئا اتاخذونه بهتانا واثما مبينا فان قيل النهي ورد عن فعل حسي وهو الاخذ ومثله يقتضي
عدم المشروعية ثم هو مؤكد بتوكيد كقوله تعالى اتاخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم
الى بعض واخذن منكم ميثاقا غليظا فكيف افاد الجواز مع الكراهة اجيب بان النهي وان ورد عن فعل حسي
ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية في نفسه كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الدواب
كراسي والى هذا اشار بدليله الثاني وهو قوله ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان
النشوز منها فيكره له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وفي الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه بدءا
اي اولا يعني قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فانه لا يفصل بين الفضل وغيره ووجه الرواية الاولى
اي رواية القدوري وهي رواية كتاب الطلاق في الاصل قوله صلى الله عليه وسلم في امراة ثابت بن قيس بن شماس
اما الزيادة فلا وقصتها ما روي ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقالت لا اعيب على ثابت في دين ولا في خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال عليه السلام
اتردين حديقته فقالت نعم وزيادة فقال عليه السلام اما الزيادة فلا وكان النشوز منها بما روينا من الحديث فكان
قوله اما الزيادة فلا نفي اباحة اخذ الفضل على ما يذكره واذا انتفى الاباحة كان مكروها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء
وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلونا من قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به شيئان الجواز حكما
اي جواز اخذ الزيادة في القضاء والاباحة اي اباحة اخذ الزيادة هكذا اقر الشارحون كلام المصنف رحمه الله
وفرقوا بين العبارتين بان كل مباح جائز دون العكس لان الجواز ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا
انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفي الاباحة ايضا واذا انتفى الاباحة يثبت ضدها وهو الكراهة
ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة وقد ترك يعني ما تلونا في حق الاباحة لمعارض وهو قوله
صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا لكونه نهيا لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية
فبقي معمولا في الباقي وهو الجواز وفيه بحث من وجهين احدهما ان النهي انما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا في
كراهة الاخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع والثاني ان الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب والجواب
عن الاول ان الرد اذا كان غير مباح وهي ناشزة فكان الاخذ منه وهو غير ناشز اولى ان لا يكون مباحا
فكان متصلا بصورة النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض للكتاب اذا الاخذ وهو ناشز قوله
تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى قوله فلا تاخذوا منه شيئا والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب
واذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده ان يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب
للكتاب فكانت جائزة وان طلقها على مال مثل ان قال انت طالق بالف درهم او على الف درهم فقبلت وقع الطلاق
ولزمها المال لان هذا التصرف معاوضة يعتمد اهلية المتعاوضين وصلاحية المحل والكل حاصل اما اهلية الزوج
فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا او تعليقا لا محالة اخذ علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فان الحكم يتعلق فيه بالقبول
واما اهلية المراة فلانها تملك التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض
عنه

عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال وجاز اخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من اهله كذا في بعض الشروح
واذا اوقع الطلاق كان بائنا بينا انها لا تسلم المال الا ان يسلم لها نفسها لانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج
احد البدلين فتملك الزوجة البدل الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض في الخلع
اذا خالع المسلم امراته على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة وان طلقها
على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فالطلاق رجعي اما الاشتراك
في وقوع الطلاق فلانه علقه بقبولها وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض
كان في الاول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها بائن اذا لم تكن من الالفاظ الثلاثة وهذه الالفاظ ليست منها
وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلانها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة
له ولانه لا وجه لالتزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه ولا الالتزام غيره لعدم الالتزام به بخلاف ما اذا خالع على
خل بعينه فظهر خمرا فانه يلزم عليها رد المهر الذي اخذته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما مثل ذلك من خل وسط
وهذا او الصداق سواء لانها سمت مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لان التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان فان قيل
ما الفرق بين هذا وبين ما اذا كاتب او اعتق عبده على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة والعتق اذا عتق وعلى العبد
قيمته اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتب او اعتق عبده على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه اي في العبد
متقوم حتى لو غصب وجب القيمة على الغاصب وما رضي بزواله مجانا فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم
تقومه لزمه قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة اما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما يذكر بعيد هذا
بقوله والفقه فلا يلزمه شيء وهذا الجواب بالنسبة الى العبد ظاهر كما ترى وكذا بالنسبة الى المكاتب لان ملك
المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ولما لم يصح البدل فسد الكتابة واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما
لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع واما عتق المكاتب اذا ادى الخمر المسماة لان في الكتابة معنى تعليق العتق باداء
المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط قيل وفي قوله على خمر تلويح الى انه لو كاتب على ميتة او دم فالكتابة باطلة
حتى لو ادى لا يعتق فلا يجب النكاح للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل ولم يجب شيء لان البضع
في حالة الدخول متقوم ولهذا اذا تزوج المريض امراة بمهر مثلها كان من جميع المال والفقه ما ذكره وهو واضح وما جاز
ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع كلما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس لان ما يصلح
ان يكون عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا لغيره ولا ينعكس فاذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز وله
ما في بطونها وقت الخلع دون ما حدث بعده ولو تزوج امراة على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة
لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وان كان بعرضية ان يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر الى ذلك يكون في معنى الاضافة
او التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق والاضافة فكذلك العوض الاخر
واما الخلع فاحد العوضين وهو الطلاق يحتمل الاضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الاخر فامكن تصحيح تسمية ما في البطن
باعتبار المال واذا صحت التسمية فله المسمى ان وجد وان لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لانها ما غرته لان ما في البطن
قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا وان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها
لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة اي جهالة كل واحد منهما
ويجوز ان يكون معناه لجهالة المسمى واذا كان المسمى مجهولا كانت القيمة اكثر جهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل
لانه غير متقوم حالة الخروج كما تقدم فتعين ايجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه وقوله وقالت
خالعني على ما في يدي من دراهم واضح وقوله من كلمة هنا للصلة اشارة الى ما يقال اذا كان في هذه الصورة
درهمان او درهم يجب ان لا يجب عليها شيء غير ذلك لان كلمة من للتبعيض وكانه اراد بكونه صلة انه يكون للبيان
على اصطلاح النحاة كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه
بدونه فهو للتبعيض كما في قوله اخذت من الدراهم وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام
فانها لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم اختل الكلام واذا لم يكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله
فيلزمها ثلاثة دراهم واعترض بان ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قوله دراهم يجوز ان يكون بدلا من قولها ما
في يدي ويكون تقديره خالعني على دراهم وقوله والدراهم تكون بدلا ايضا ويكون تقديره خالعني على الدراهم واللام
اذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود يراد به الواحد فلو كان في يدها درهم واحد وجب ان يكتفى به ولا يلزمها الزيادة والجواب
عن الاول ان هذا المنع لا يضرنا لانه اذا كان تقدير كلامها خالعني على دراهم يلزمها ثلاثة دراهم وهو المطلوب وعن الثاني
بانا لا نسلم انه لا معهود ثمة بل ما في يدها معهود بالاشارة اليها فان اختلعت على عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه يعني
ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسليمه اليه والا فلا شيء عليها لم تبرا وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم

فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال لان كلمة ما عامة تتناول المال وغيره وان قالت فالعني على ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شيء صح

قيمة ان عجزت لانه عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا يقتضيه
العقد فيبطل دون الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان يفسد التسمية
لان اشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه
على دابة اجيب بان العقد اذا كان صحيحا كان ما يناقضه من الشرط ساقطا والساقط لا يؤثر في فساد شيء وانما
فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستقصية لكونها تنتظم انواعا مختلفة من الحيوان فان قيل
الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح
اشتراطها عن تسليم المسمى ايضا اجيب بان استحقاق التسليم فوق استحقاق السليم فان بيع ما لا يقدر على تسليمه
لا يجوز والبيع بشرط البراءة عن العيوب يجوز فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تملك الشيء
للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب وقوله
وعلى هذا النكاح يعني اذا تزوج امراة على عبد ابق على انه بريء من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الى ان يحوزه
واذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف وكلامه واضح وان قالت طلقني ثلاثا على
الف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي ولا شيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وقعت تطليقة باينة
بثلث الالف لان الطلاق على مال من جانب المراة معاوضة وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم
احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء واذا كان معاوضة انقسم اجزاء العوض على اجزاء المعوض ولابي حنيفة
ان كلمة على للشرط اي يستعمل للشرط مجازا قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا اي بشرط عدم
الاشراك بالله ومن قال لامراته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا ومجوز المجاز ما ذكره المصنف
انه استعير للشرط لانه يلازم الجزاء وكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع ٤
على اجزاء الشرط وفيه بحث من وجهين احدهما ان جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على عليك المال وذلك لا يقبل
التعليق والثاني ان ما ذهبتم اليه مجاز وليس احد المجازين اولى من الاخر فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط
والجزاء كذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الاول ان المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فيجوز ان يقبله تبعا للمتبوع
وان لم يقبله مستقلا وعن الثاني ان اللزوم بين العوضين بالتصادق وبين الشرط والجزاء بالذات فكان جعله
للشرط مجازا اقرب الى حقيقته والمجاز الاقرب الى الحقيقة اولى على ما عرف في الاصول قوله على ما م اراد به
قوله لان حرف الباء يصحب الاعواض واذا لم يجب المال كان طلاقه مبتدأ غير مبني على سؤالها فوقع فله الرجعة
وقوله ولو قال لها الزوج طلقي نفسك ثلاثا ظاهر ولو قال لها انت طالق على الف او بالف يتوقف على قبولها في
المجلس وهذا اليمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على
البلوغ ان كانت غايبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها
ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس قوله لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك نظرا
الى الباء ومعنى قوله على الف تكون لي عليك اما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما فلا فرق بين العبارتين والعوض
لا يجب بدون قبوله ظاهر وقوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده يحتاج الى ان يضم اليه ووجوده بكون الالف
عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون الطلاق باينا
لما قلنا يعني في اول هذا الباب من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة باينة ومن المعقول وهو
قوله ولانه لا تسلم لها نفسها ولو قال لامراته انت طالق وعليك الف فقبلت وقع الطلاق ولا شيء عليها عند ابي
حنيفة رحمه الله وكذا لو قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل وكذلك الحكم ان لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما
الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق ولا العتاق ويعلم من هذا ان الخلاف في موضعين احدهما ان المراة
او العبد اذا قبل المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا معتبر بقبولهما وعندهما يجب على
المراة والعبد المال والثاني انهما اذا لم يقبلا يقع الطلاق والعتاق عند ابي حنيفة كما اذا قبلا وعندهما اذا لم يقبلا
لم يقع لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم والخلع معاوضة
فيحمل الواو على معنى الباء لدلالة المعاوضة كانه قال انت طالق بالف درهم فقبلت ولهما طريق اخر وهو ان تجعل
الواو للحال كانه قال انت طالق في حال ما يجب لي عليك الف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها فاذا قبلت وجب الالف
ولابي حنيفة ان قوله وعليك الف جملة تامة من مبتدأ وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ
الاصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل هنا لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بل عادة الكرام
منهم الامتناع عن قبول عوض بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه اي دون المال لكونهما معاوضة
محضة فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلا ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار
ثلثة

علا شرط الوجه

المال الا ليسلم لها

ثلثة ايام فقبلت طلقت والخيار باطل اذا كان للزوج وجايز اذا كان للمراة فان ردت الخيار في الثلث بطل الطلاق
وان اجازت الطلاق او لم ترد الخيار حتى مضت ايامه وقع الطلاق ولزمها الالف عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الالف لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا
لان التصرفين يعني ايجاب الزوج وقبول المراة لا يحتملان الفسخ من الجانبين اما من جانبه فلانه يمين لانه ذكر شرط
وجزاء في العتق والطلاق واليمين لا يقبل الفسخ واما من جانبها فلان قبول المراة شرط تمام اليمين يمين الزوج يتم بقبول المراة
فاخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع الا ترى انها لو
رجعت صح ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع واذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه واما في جانبه فيمين لانه
لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان فان قيل قد ثبت انه من جانبها شرط اليمين
وشرط اليمين لا يقبل الفسخ اجيب بان كونه شرط اليمين لا يمنع ان يكون تمليكا في نفسه كمن قال لاخر ان بعتك
هذا العبد بكذا فعبدي هذا حر فانه معلق بالمعاوضة ان يكون شرطا لليمين واذا كان كذلك ثبت فيه
الخيار ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطا قايما بهذا الوصف وهو انه تمليك مال وجانب العبد
في العتق مثل جانبها في الطلاق يعني يصح الخيار من العبد اذا اخبره في الاعتاق على مال كما يصح الخيار في الخلع
من جانب المراة ومن قال لامراته طلقتك امس على الف فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال
لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق
بالمال يمين من جانبه فانه تعليق للطلاق بقبولها المال ولهذا لا يصح الرجوع عنه والاقرار به اي باليمين على
تاويل الحلف او المذكور لا يكون اقرارا بوجود الشرط لصحته اي لصحة اليمين بدونه اي بدون الشرط اما
البيع فلا يتم الا بالقبول ولهذا يملك الرجوع قبل القبول فالاقرار به اي بالبيع اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول
رجوع عن الاقرار وهو غير مسموع قوله والمبارأة كالخلع المبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من بارأ شريكه اذا
ابرأ كل منهما صاحبه وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المبارأة والخلع كلاهما يسقط كل حق
لكل واحد من الزوجين على الاخر مما يتعلق بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لان للمختلعة والمبارئة
النفقة والسكنى ما دامت في العدة صرح به الحاكم الشهيد في الكافي وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد لا يسقط فيهما
الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المبارأة فلو كان مهرها الفا فاختلعت منه قبل الدخول على
ماية درهم من مهرها فليس له ان ترجع على الزوج بشيء في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قولهما ترجع عليه باربعماية ولو كانت
قبضت الالف ثم اختلعت بماية درهم لم يكن للزوج غير الماية في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف واذا خالعها
على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق فان كانت المراة مدخولا بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى الزوج ولا
يتبع احدهما الاخر بعد الطلاق بشيء وان كان المهر غير مقبوض فالمراة تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا يرجع على الزوج
بشيء من المهر عند ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا كانت المراة غير مدخول بها والمهر مقبوض كان الزوج ياخذ
منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند ابي حنيفة وان لم يكن المهر مقبوضا
ياخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما واما اذا بارأها
بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده وعند ابي حنيفة وابي يوسف الجواب
فيه كالجواب في الخلع عند ابي حنيفة رحمه الله لمحمد ان هذه اي كل واحد من الخلع والمبارأة معاوضة وفي
المعاوضات تعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين واجب بسبب اخر او عين في يده لا يسقط بهما شيء
من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وان كانت من حقوق النكاح ولابي يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة والمفاعلة
تقتضي الفعل من الجانبين وذلك يقتضي براءة كل منهما عن الاخر وانه اي لفظ البراءة على ما قيل او على تاويل المذكور
مطلق وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل
بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط ما وجب باسقاط تلك الوصلة كذا في بعض الشروح
وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشية بالنكاح فتستفيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح ومقتضاه الانخلاع وقد حصل
في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل
وهو انفصال الحاصل عنه والفصل لا يكون الا عن وصل ولا وصل الا بالنكاح وحقوقه اللازمة به وقد صدر مطلقا
من غير قيد بالنكاح كالمبارأة فيعمل بالاطلاق كما في المبارأة في النكاح واحكامه وحقوقه عملا بكمال الفصل ونفقة
العدة لم تكن واجبة عند الخلع ليسقط به وانما تجب بعده شيئا فشيئا ومن خلع ابنته الصغيرة بمالها لم يجز عليها لان ولاية
الاب نظرية ولا نظر لها فيه اي في هذا الخلع لان البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا اعتبر خلع المريضة من الثلث
والبدل متقوم ومقابلة ما ليس بمتقوم بماله قيمة ليست من النظر في شيء بخلاف النكاح فان الرجل اذا زوج ابنه الصغير

بالطلاق

ولم يمنع كونه معاوضته ح

فانها تسلم الى الزوج ولا يتبع احدهما الاخر بعد الطلاق بشيء وان كان المهر غير مقبوض ح

ما الخلع ح

وخلع النعل ح

امراة بمهر المثل لان البضع متقوم حالة الدخول ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم
بالمتقوم وهي من وجوه النظر واذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق ام لا
فيه روايتان في رواية يقع وفي اخرى لا يقع ومنشا الروايتين قول محمد رحمه الله في الكتاب لم يجز فانه يحتمل ان ينصرف الى
الطلاق وان ينصرف الى لزوم المال والصحيح ان الطلاق واقع وعدم الجواز منصرف الى المال نص عليه في المنتقى
فقال لان لسان الاب كلسانها ولو خلع امراته الصغيرة على مهرها فقبلت او قالت الصغيرة لزوجها اخلعني على
مهري ففعل وقع الطلاق بلا بدل واختاره المصنف قال والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله اي قبول الاب
فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل ان يقول ان دخلت الدار ونحوه وفي ذلك يقع اذا وجد الشرط فكذلك
اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة ولو انعقد من الاب
لانعقد بطريق النيابة الا ان هذا لا يقوى فان الاب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين وشرط اليمين يوجد
من كل احد فان خالعها على انه اي الاب ضامن فالخلع واقع والالف عليه اي على الاب ومعنى الضمان هنا التزام المال على
نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها احد ووجه ذلك ما ذكره ان
اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه فعلى الاب
اولى وذكر في وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارا وايداعا ورهنا ولا يجوز
هذه التصرفات من الاجنبي ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات في مال الصغير فلما يجوز من
الاب وله ذلك اولى وفيه تامل لان التصرف في مال الصغير ~~فلما يجوز من الاب وله ذلك اولى وفيه تامل لان التصرف~~
~~في مال الصغير~~ انما يوثر في الاولوية ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك فكان تلك الولاية وعدمها
سواء ولعل الاولى ان يقال الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر او نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فاذا
كان التزام بدله من الاجنبي صحيحا مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها اولى فان قيل على ما ذكرتم
من كون الاجنبي في معنى المراة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده على مال
على الاجنبي كما يصح على مال على عبده لانه لا يدخل في ملك الاجنبي شيء كالعبد وليس كذلك قلت يحصل للعبد حرية نفسه
التي هي حياة معنوية وسبب لحصول الاملاك وليس الاجنبي كذلك لا يقال في الخلع ايضا يحصل للمراة الحرية
عن رق النكاح وليس الاجنبي كذلك ~~لانا نقول~~ يقال في الخلع ايضا لانا نقول العتق يثبت الحرية والقوة
الشرعية والخلع يدفع المانع ليعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه اثبات شيء بخلاف العتق وقوله ولا يسقط
مهرها يعني وان كانت الخلع يسقطه لانه لم يدخل تحت ولاية الاب لانه ليس من النظر وولايته نظرية وقوله وان
شرط الالف يعني ان الزوج ان شرط الالف على الصغيرة توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان
تعقل العقد وتعبر عن نفسها فان قبلته وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان
قبله الاب عنها ففيه اي في هذا القبول روايتان في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهدته
بغير مال فيصح من الاب كقبول الهبة كذا في المبسوط والايضاح وفيه نظر وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط
اليمين وذلك مما لا يحتمل النيابة وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا
يسقط المهر لوجود الشرط وهو القبول وليست من اهل الغرامة فان قبل الاب عنها ففيه الروايتان في رواية
تصح وفي رواية لا تصح ووجه الروايتين ما ذكرناه انفا وان ضمن الاب المهر اي التزم بمعنى اذا خالع الاب مع الزوج
والتزم المهر على ذمته وهو الف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا لان فرض المسالة
فيما اذا كانت غير ملموسة وكان المهر الفا فاضاف الخلع الى مهرها ومهرها الواجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح قبل
الدخول بالطلاق نصف المهر وهو خمسمائة فكانه خالع على خمسمائة وفي القياس يلزمه الالف بحكم الضمان واعلم
ان ضمان الاب بالالف وهو الف درهم اذا صح لا يخلو من احد الامرين اما ان تكون مدخولا بها او لا فان كانت مدخولا
بها فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان الف درهم وان لم تكن فلها على الزوج نصف درهم المهر لان
النصف الاخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب الف درهم بحكم الضمان في القياس واما في الاستحسان
فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود سلامة الالف وقد حصلت اذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول
والنصف الاخر الذي ترجع به المراة عليه فهو يرجع به على الاب وهو القياس هذا اذا لم يقبض المهر واما اذا قبضت
كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الاخر على الاب في القياس فيسلم اليه جميع الالف ولا معتبر باختلاف السبب عند
اتحاد المقصود واصل هذه المسالة في الكبير اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ولم تقبض شيئا فالقياس
ان يجب عليها خمسمائة للزوج لان خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت المراة بالالف ونصف
الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة لان لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف الالف فوجب عليها خمسمائة

زايده

يستحق م

انعقد

يصح من كل وجه

فانما جاز ذلك من الاجنبي لانه ليس له ولاية عامة التصرفات في مال الصغيرة

خالع الطلاق م

لمهر

الضمان

زايدة على الالف بقي للالف التي التزمتها وفي الاستحسان لا شيء عليها لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته
وقد حصل فلا يلزمها شيء زايد على ذلك واما اذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المراة الالف وخمسمائة الالف
بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان ترد الالف لا غير خمسمائة بدل الخلع
وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول زايدة بالجر لان الصفة تتبع المضاف اليه في الاعراب كما في قوله تعالى سبع بقرات
سمان كذا في النهاية وقال هكذا افاد شيخي مرارا رحمه الله

باب الظهار

قد تقدم
وجه ترتيب الكتب المتقدمة في اول كل باب منها ويحتاج الى تقديم الظهار على اللعان ووجهه انه اقرب الى
الاباحة من سبب اللعان فان سبب اللعان عند اضافته الى غير منكوحة يوجب حد القذف وموجب الحد
معصية محضة بطريق شابه الاباحة والظهار في اللغة قول الرجل لامراته انت علي كظهر امي وفي اصطلاح الفقهاء
تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التابيد اتفاقا بنسب او رضاع او مصاهرة وانما قيد بقوله اتفاقا احترازا
عن قول الرجل لامراته انت علي كظهر فلانة وهي ام المزني بها او ابنتها فانه لا يكون مظاهرا الا من الفقهاء من
يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان اية الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة
وشرطه كون المظاهر بالغا عاقلا مسلما والمراة منكوحة وركنه قوله لامراته انت علي كظهر امي او ما قام مقامه وحكمه
حرمة الوطي والدواعي مع بقاء اصل الملك الى غاية الكفارة فاذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي حرمت عليه
لا يحل له وطيها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما
قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت
بالكفارة غير مزيل للنكاح وبيان ذلك ان احدهم في الجاهلية اذا اراد ان يطلق امراته جعلها في التحريم على نفسه
كالمواضع التي لا يطلع عليها من امه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا ولم يجدوا موضعا احسن في الذكر
استر من الظهر مع اصابة المعنى الذي ارادوه فاستعملوه دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت
اوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته في بعض ما امرني به فقال انت علي كظهر امي ثم خرج فجلس في
نادي قومه ثم رجع الي فراودني عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله
ورسوله في ذلك فوقع علي فدفعته بما تدفع به المراة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيراني فاخذت ثيابا ولبستها
واتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسني اليه
فجعلت اشكو الى الله ما ارى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند نزول الوحي
فلما سري عنه قال انزل الله فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله تعالى قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي
الى الله الى اخر اية الظهار ثم قال مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله فقال مريه ان يصوم شهرين
متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شيء يا رسول الله
فقال انا سنعينه فقلت وانا اعينه بعرق ايضا فقال افعلي واستوصي به خيرا وقال علماؤنا رحمهم الله المراد من
العود هو العزم على الجماع الذي هو امساك بالمعروف وقال الشافعي رحمه الله المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب
الظهار وقوله وهذا اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة وبيانه ان الطلاق جناية
لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع
والزور هو الكذب والباطل والجناية تناسب العقوبة المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي
اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام وقال الشافعي لا يحرم الدواعي لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل
ان يتماسا والتماس في القران كناية عن الجماع واجاب صاحب الاسرار بان التماس حقيقة في المس باليد والكلام في
الحقيقة حتى يقوم دليل المجاز بخلاف الحائض والصائم حيث لم تحرم الدواعي فيهما لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي
افضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام سياتي في كتاب الكراهية فان قيل لما كثر وجودهما كانا ادعى الى شرع
الزاجر من الظهار فلما انعكس الامر اجيب بان اوقات الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن اوقات الطهر والافطار
اكثر فلما كثر اوقات الطهر كان الجماع موجودا فيها ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبته في الجماع فلا يليق فيه ايجاب
الزاجر لان ايجاب الزاجر لمنع وجود الجماع وبفتور الرغبة كان ممتنعا فلا يحتاج الى ايجاب الزاجر فان وطيها قبل
ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى اي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا
يعاود الوطي حتى يكفر لما روي ان سلمة بن صخر البياضي قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امراتي ثم ابصرت
خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها فقال صلى الله عليه وسلم استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله
ولو كان شيء اخر واجبا لنبهه عليه عليه السلام قال ______ وهذا اللفظ هذا اشارة الى قوله انت علي كظهر امي يعني
هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار فان نوى الطلاق او الايلاء وقال لم انو به شيئا يكون به ظهارا لانه اي كونه طلاقا

بلغ

قال ابو داود ستون صاعا رواه ابو داود
وقد قيل هو مكتل يسع ثلاثين صاعا
قال ابو داود وهذا اصح ابن همام

مستوع فلا يتمكن من الاتيان به لان في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك و اذا قال انت علي كبطن امي
او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة للعبد اي المحللة نكاحا او بملك اليمين بالمحرمة
تابيدا لا بوقتنا وهذا المعنى اي التشبيه يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه كالاعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل
والشعر والظفر لانه محل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها وقوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها
ظاهر وان قال راسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك كان مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع
البدن فيكون تشبيها من المراة لتشبيه ذات المراة ولو قال نصفك او ثلثك او ربعك كظهر امي كان مظاهرا لان
الحكم يثبت في ذلك الكل لجزاوه لانه يسري الى ساير البدن كما بينا في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي
احتمل وجوها فيرجع الى نيته لينكشف حكمه وكلامه ظاهر وقوله وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف
ذكر في المبسوط قول ابي حنيفة وحده وعن ابي يوسف فيه روايتان احديهما كقول محمد لانه قال في الامالي اي
اذا كان هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق في القضاء وعنه انه قال ايلاء لان الام محرمة بالنص
و هو ظهار م
قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وكان قوله انت علي كامي بمنزلة قوله انت علي حرام وقد بينا في هذا اللفظ
انه اذا لم ينو شيئا يثبت اقل الوجوه وهو الايلاء وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف على ما ذكره في الكتاب ان كلامه
يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه الا ان يبين خلافه بالنية والفرض عدمها ووجه قول محمد ان التشبيه
بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت
ادنى الحرمتين فان الحرمة الثابتة بالايلاء ادنى من الحرمة الثابتة بالظهار لان حرمة الايلاء لغيرها وهو
هتك حرمة اسم الله وحرمة الظهار لعينها وهو انه منكر من القول وزور ولان الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع الا
بالكفارة والثابتة بالايلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية
وغيرها وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى
لانه يحتمل الوجهين بحسب لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسالة الاولى ووجهها ظاهر وان لم يكن
له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما يعني قوله ليكون الثابت ادنى الحرمتين
وقوله لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي
ايلاء م — ظهار م
حنيفة رحمه الله وكذا اذا لم ينو شيئا كذا في المبسوط فانه لا هو على ما نوى ان نوى ظهارا فظاهر وان نوى طلاق
فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابي في شرحيهما للجامع الصغير لان التحريم يحتمل
ونية المحتمل صحيحة غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رحمه الله يكونان جميعا لعين ايقاع
الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصديق بالتصريح بالظهار ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره فصار بمنزلة
قوله زينب طالق وله امراة معروفة بهذا الاسم وله امراة فقال لي امراة اخرى واياها عنيت يقع الطلاق
على تلك بنيته وعلى هذه بالظاهر وضعفه شمس الائمة السرخسي بان الطلاق ان وقع بقوله انت علي حرام كان
المعروفة م
متكلما بلفظ الظهار بعدما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت
علي حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين واجاب الامام ظهير الدين عن هذا فقال يصح ظهار المبانة على قوله
وكان هذا روايه منه على صحة ظهار المبانة وان هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لو لم يكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق
في ابطال الظهار ويصدق في ارادة الطلاق لاعترافه به وقوله وقد عرف في موضعه يعني في مبسوط شمس الائمة ولابي
حنيفة رحمه الله ان قوله انت علي حرام كظهر امي صريح في الظهار ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه الى النية فلا يحتمل
غيره من الطلاق والظهار والايلاء فهو محكم لعدم احتمال الغير وقوله انت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر فيرد الوجوه
اليه اي الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل على المحكم ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لا يكون مظاهرا
لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسايهم ولان الحل في المملوكة تبع بدليل انه لو اشترى امة فوجدها محرمة عليه
برضاع او مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الامة في معنى المنكوحة حتى يلحق بها
ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة وعورض بان الامة محل للظهار تبعا فيجب ان يكون محلا ابتدا
كما لو ظاهر من امراته وهي امة ثم اشتراها فانه يبقى حكم الظهار وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية
في النكاح والجواب ان بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار انها محل للظهار تبعا وانما هو باعتبار ان حرمة الظهار
اذا صادفت المحل لا تزول الا بالكفارة وههنا قد صادفت محلا فيبقى الى ان توجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة
الثابتة بالطلاق فانها اذا طلقها ثنتين لم تحل بعد ذلك بسبب ما لم تتزوج بزوج اخر فان تزوج امراة بغير امرها ثم ظاهر
منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف لكونها محرمة قبل اجازتها فلم يوجد ركن الظهار
وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكر من القول وقوله والظهار ليس بحق من حقوقه اي حقوق
النكاح

النكاح جواب سؤال تقديره الظهار مبني على الملك والملك موقوف فينبغي ان يكون الظهار موقوفا على الاجازة كتوقف
اعتاق المشتري من الغاصب على اجازة المغصوب منه للبيع الصادر من الغاصب وتقرير الجواب ان الظهار ليس من حقوق
النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح على الاجازة توقف الظهار عليها والدليل على انه ليس من حقوقه ان النكاح
امر مشروع والظهار ليس بمشروع بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه اي الاعتاق من حقوق الملك لكونه منهيا
للملك ومتمما له ومن قال لنسايه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا وكلامه فيه واضح وقوله بخلاف الايلاء
منهن يعني بان يقول والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقن جميعا وان قرب الكل قبل مضي
المدة يجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطي ودواعيه الى غايته ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار
والعود جميعا فان الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليهما بالفاء وانما كان
ذلك والله اعلم لان الظهار منكر من القول وزور ليس فيه جهة اباحة فلا يكون سببا للكفارة لان سببها لا بد وان يكون
امرا دايرا بين الحظر والاباحة على ما عرف في الاصول فضم الى ذلك العود تحقيقا لكونه افضل المنكر وهو حسن
ومع ذلك فليس بسبب مستقل حتى لو عاد بالعزم على الوطي ثم ابانها او ماتت لم تلزمه الكفارة ولو عاد ثم بدا له ان
لا يطاها سقطت فان قيل لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز اداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة لان
تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جايز فالجواب ان المراد بالعود حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب وان كان
هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت انهاء للحرمة الثابتة
بالظهار ولا يمكن ايقاع الفعل حلالا الا بعد انهاء الحرمة بالكفارة توجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا
بصفة الحل بعد انهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة وما في الكتاب ظاهر والمراد بقوله
عتق رقبة اعتاق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن الكفارة الا ترى انه لو ورث اباه ونوى الكفارة لا يخرج عنها
فكان وجه متعلق بالمرقوق دون المملوك لان الكمال في الرق شرط دون الملك ولهذا لو اعتق المكاتب الذي
لم يود شيئا صح عن الكفارة ولو اعتق المدبر عنها لم يصح واعترض على المصنف بوجهين احدهما انه لم يسمع عن ايمة اللغة
رق حتى يشتق منه المرقوق وانما قال رق فلان اذا صار رقيقا اي عبدا واجيب عنه بان الازهري حكى عن ابن السكيت
انه عبد مرقوق وكلاهما ثقة والثاني ان تذكير الذات لا يجوز فالصواب ذات مرقوقة مملوكة واجيب بان
الذات تستعمل استعمال النفس والشيء فتذكيره باعتبار المعنى الثاني وقوله والمعنى في الفصل اي لا يجوز
اعتاق الرقبة الكافرة عن الكفارة لان الكفارة حق الله تعالى فحق الله لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكاة
كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة
وقوله م
جواب عن قوله الكفارة حق الله وتقديره ان قصد المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه
عن خدمة المولى ثم مقارنته المعصية اي يعاوده على ما كان عليه من الكفر يحال به الى سوء اعتقاده واختياره ولقايل
ان يقول مقارنة المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم لا يكون قصور ذلك منه مانعا عن الصرف اليه كما في الزكاة
والجواب ان القياس جواز صرف الزكاة اليه ايضا لان فيه مواساة عباد الله لكن قوله صلى الله عليه وسلم
خذها من اغنيايهم وردها الى فقرايهم اخرجهم عن المصرف فلـــ ولا يجزي العمياء اي لا يجزي اعتاق الرقبة
العمياء ذكرا كان او انثى وكلامه ظاهر والضابط في تخريج ما يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو انه متى
اعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقرونا بنية الكفارة وجنس ما ينتفع من المنافع فيها قايم بلا بدل جاز عنها وان
لم يكن كذلك لم يجز فقوله رقبة احتراز عما اذا اعتق نصف رقبة فجامعها ثم اعتق النصف الاخر لم يجز فان اعتق
النصف الاخر قبل الجماع جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما
اذا اعتق عبده ولم ينو عن الكفارة فانه لا يقع عنها وان نوى عنها بعد الاعتاق لا يجوز ايضا وقوله وجنس ما
ينتفع من المنافع فيها قايم احتراز عن مقطوع اليدين او الرجلين وما يماثل ذلك وقوله بلا بدل احتراز عما اذا اعتق
عبده على بدل فانه لا يقع عن الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصير في حق ذلك الجنس
كالهالك فان قيام الشخص بمنافعه وقوله ويجوز الاصم واضح وقوله لان فوت البطش بهما يفيد ان ما يزول
به تلك القوة كان مانعا فقطع الابهامين كقطع اليدين وقوله والذي يجن ويفيق يجزيه يعني اذا اعتقه في
حال افاقته ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لان المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل ورقبة
المدبر وام الولد ليست بكاملة لاستحقاقهما الحرية من جهة فكان الرق فيهما ناقصا فانه اذا اثبت فيه شي من العتق
الحكمي زال في مقابلته شي من الصفة الحكمي وقوله فاشبه الابن استدلال بما لا يقول به فانه يبيع
المدبر واعتاقه عن الكفارة عنده ان فعل جايز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا وقوله على ما بينا اشارة

ق
لانه منكر من القول وهو ما لا يكون الا مشروعا وما لا يكون من حقوق المشروع م
نهن م
يصلح ان م
نقض م

الي قوله ولهذا يقبل الكتابه الانفساخ وقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله والكتابه لا تنافيه دليل اخر وتقريره المكاتب رقيق
قبل الكتابه لا محاله ولم يزل رقه بها لان الشي لا يزول الا بما ينافيه والكتابه لا تنافي الرق فانه اي عقد الكتابه
او ذكره باعتبار الخبر فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لا يستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون اجاب بقوله الا انه
في عقد الكتابه فك الحجر بعوض فكان لازما من جانبه اي جانب المولى وقوله ولو كان مانعا جواب بطريق التنزل
يعني لو سلمنا ان عقد الكتابه مانع عن الاعتاق عن الكفارة لكنه اذا اعتق عن الكفارة ينفسخ قبل الاعتاق
مقتضى الاعتاق اذ هو اي عقد الكتابه يحتمل الفسخ فان قيل لو صح اعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابه
مقتضى الاعتاق لسلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا اعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله اكساب اجاب
بقوله الا انه يسلم له اي للمكاتب الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل يعني المكاتب بجهة الكتابه
واذا كان كذلك لا يخرج الاكساب والاولاد عن ملكه كما لو اعتق باداء بدل الكتابه وهذا لان الفسخ لا يصح
الا برضا المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيقدر دلالة والدلالة انما تتحقق اذا سلمت له الاكساب والاولاد
فجعل العتق بجهة الكتابه لانه لا يختلف لا في ذاته ولا باختلاف الجهات وجعل الاعتاق للتكفير لان المولى
قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين او لان الفسخ ثبت ضرورة صحة الاعتاق فلا يظهر في
حق الاولاد والاكساب وقوله وان اشترى اباه او ابنه وقوله بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا
يعني انه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق فان قيل يجب ان يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق
معسرا لانه يصير مديونا بناء على ان الاعتاق عندهما لا يتجزى اجيب بانه انما لم يجز لان وجوب هذا الدين
بسبب الاعتاق فلا يكون العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة ولابي حنيفه ان نصيب صاحبه ينتقص
على ملكه لتعذر استدامة الملك فيه ثم يتحول اليه بالضمان ما بقي منه فكان في المعنى اعتاقا عند الاشيا
ومثله يمنع الكفارة فان قيل المضمونات تملك باداء الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب
فصار نصيب الشريك ملك المعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا
يمنع الكفارة على ما يذكره فيما يليه اجيب بان الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن
والمضمون له لا في حق غيرهما كما عرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك في
حقها مستندا او يلزم النقصان المانع فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين
ولا محظور فيه فان قيل قد يمكن فيه النقصان كما مر والنقصان مانع اجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه
بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فانه اعتق النصف وبعض النصف الاخر ثم اعتق ما بقي وهو مثله غير مانع
كمن اضجع شاة للاضحيه فاصاب السكين عينها فان النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك النقصان
الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك شريكه حيث لا يمكن ان يجعل النقصان
الحاصل في النصف الباقي مصروفا الى الكفارة لانعدام الملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان
ولم يقع عن الكفارة فاذا ضمن قيمة النصف الباقي واعتقه فقد صرفه الى الكفارة وهو ناقص وصار
في الحاصل كانه اعتق عبدا الا قدر النقصان وقوله وهذا اي جعله اعتاقا بكلامين على اصل ابي حنيفه في
تجزي الاعتاق واما عندهما فالاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق للكل فلا يكون اعتاقا بكلامين
وعلى هذا ابتني المسألة التي تليها وهي ظاهرة الا انه اعترض على قوله واعتاق النصف حصل بعده بان
اي اعتاق وجد بعد هذا وان كان كاملا فهو اعتاق بعد المسيس فينبغي ان لا يجوز عن الكفارة واجيب
بانه انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس في رأيي لان اعتاق نصف العبد كان لم يكن وكانه قد جامع
قبل الكفارة فيجب ان لا يعود حتى يكفر وقد بعدم ذلك قال واذا لم يجد المظاهر ما يعتق واذا
لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها فصوم شهرين متتابعين فان صام بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين
يوما وان صام بغير الاهلة فافطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل وكذا ان ادخل في صيامه
شهر رمضان او يوم الفطر او يوم النحر او ايام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح فان جامع التي
ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استأنف الصوم عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستأنف وانما قيد بالتي ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فان كان وطيا يفسد
الصوم كالجماع بالنهار عامدا انقطع تتابعه فيلزمه الاستيناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطيها
بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه عامدا استأنف بالاتفاق واما ذكر العمد فيه في الليل فعند وقوع اتفاق
لان العمد والنسيان في الوطي بالليل سوا فعرف ان الاختلاف في وطي لا يفسد الصوم لابي يوسف ان هذا
وطي

اذا لم يملك المكاتب الا المنافع والاكساب كالاعارة والاجارة وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالاذن في التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر صح

التضحيه

او بالليل كيف ما كان لم ينقطع التتابع فلا يلزمه الاستيناف بالاتفاق وانما قيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا صح

وطي لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط اي التتابع هو الشرط في كون الصوم كفارة وقد
وجد فان قيل تقديم الصوم على المسيس مشروط ولم يوجد اجاب بقوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم
البعض وفيما قلتم يعني الاستيناف تاخير الكل عنه وتاخير البعض اهون من تاخير الكل ولهما ان الشرط في الصوم ان
يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص وهذا يحتمل وجهين احدهما ان يكون معناه ان النص
يقتضي شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون الصوم خاليا عن المسيس والشرط الثاني من ضرورة الاول لان تقديمه
على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه وهذا الشرط اي الشرط الثاني وهو الخلو عنه ينعدم به اي بالمسيس فينعدم
المشروط ويجب الاستيناف لانه لا يخرج عن الاتيان به قبل المسيس لو قدر على الاتيان به خاليا عن المسيس والى هذا
يشير كلام عامة الشارحين والثاني ان يكون قوله وان يكون خاليا عنه ضرورة تفسيرا للاول بطريق العطف لان ايقاعه
قبل المسيس اخلاؤه عنه بالضرورة وتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كان لم يكن وقد جامع التي ظاهر منها قبل
الكفارة والحكم في ذلك الاستغفار وترك العود الى الكفارة فيلزم الاستيناف وهذا اولى لاشتماله على الجواب عن
قوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا الى اخره والجواب عن قوله انه لا يفسد الصوم فلا يقطع التتابع لان عدم الافساد
في النسيان انما ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى الى قطع التتابع وفي العمد لعدم القائل بالفصل وان
افطر يوما منها بعذر كسفر او مرض او بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وهذا احتراز
عما اذا افطرت المراة في كفارة القتل او الافطار بعذر الحيض فانها لا تستأنف لانها معذورة عادة لا تجد شهرين متتا
بعين لا حيض فيهما ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق في اخر يوم من الشهرين فان كان قبل
غروب الشمس وجب عليه الاعتاق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان
كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته وقوله وان ظاهر العبد ظاهر وقوله او قيمة ذلك اي من غير الاعداد
المنصوصة مطلقا واما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز اداؤها قيمة اذا كانت اقل قدرا مما قدره الشرع وان
كانت اكثر من الاخر او مثله قيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر جيد يبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو
ادى نصف صاع حنطة يبلغ صاعا من تمر او شعير لا يجوز والاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يجوز
ان يكون بدلا عن جنس اخر هو منصوص عليه وان كان في القيمة اكثر لانه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه
وانما الاعتبار له في غيره وقوله في حديث اوس بن الصامت هو اخو عبادة بن الصامت واوس هو زوج خولة
بنت ثعلبه وهي المجادلة التي نزلت فيها اية الظهار وقد تقدم واما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان المذكور
في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا في المبسوط وذكر في المغرب سلمة بن صخر البياضي وما ذكره المصنف موافق
لما اورده الامام المستغفري في معرفة الصحابي قال سهل بن صخر الليثي فيعتبر بصدقة الفطر يعني في المقدار
ولكن بينهما فرق من وجه اخر وهو التفريق ههنا بان يعطي فقيرا منا من حنطة ومنا اخر فقيرا اخر لا يجوز لان الواجب
اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ومتى فرق لم يوجد الاطعام المعتبر لستين واما في صدقة
الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكوتا عنه فيكون التفريق جائزا وقوله او قيمة ذلك ظاهر وقوله
لحصول المقصود اذ الجنس متحد يعني من حيث الاطعام وسد الجوع لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام
فيجوز تكميل احدهما بالاخر واما اذا اختلف الجنس كما اذا اطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة
وكسى خمسة والكسوة ارخص من الطعام فلم تجزه لان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام الا ترى ان الا
باحة في احدهما يجوز دون الاخر واستشكل بما اذا اعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان فاعتق
نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنها وان اتحد الجنس من حيث الاعتاق واجيب بانه انما لا يجوز لان نصف الرقبتين
ليس برقبة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها وقوله وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ظاهر وقوله فان غداهم
وعشاهم بكلمة الواو لا باو لان التغديه وحدها او التعشيه وحدها لا تجزي قال في المبسوط المعتبر في التمكين اكلتان
مشبعتان اما الغدا والعشا واما غداءان او عشاءان لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغدا والعشا
وفي المجرد عن ابي حنيفه رحمه الله اذا غدى ستين وعشى ستين اخرين لا يجوز وقوله قليلا اكلوا او كثيرا يعني ان المعتبر
الشبع لا المقدار وان كان احدهم شبعانا اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال بجوازه لانه اطعام العدد المعين وقد اشبعوا
ومنهم من قال لا يجوز لان المأخوذ عليه اشباع الستين وهو ما اشبعهم وقوله وقال الشافعي متصل بقوله فان غداهم
او عشاهم وهو لا يجوز في الكفارة الا التمليك قياسا على الزكاة وصدقة الفطر وهذا اي عدم جواز الاباحة لان التمليك
ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعام لانه جعل الغير
طاعما وفي الاباحة ذلك اي التمكين كما في التمليك فيتادى الواجب بكل واحد منهما اما بالتمكين فلانه عين النص واما بالتمليك
فلاشتماله على المنصوص عليه لانه اذا ملكه منه فاما ان يطعمه او يصرفه الى حاجة اخرى فلذلك يقام التمليك مقام المنصوص

قوله جب

وجد

واحد ح

عليه اما الواجب في الزكاة فهو الايتاء لقوله تعالى و اتوا الزكاة وفي صدقة الفطر الاداء لقوله صلى الله عليه وسلم ادوا عمن
تمونون وهما للتمليك حقيقة قوله ولو كان فيهم غلام صبي ظاهر وقوله هذه الاشارة اي قوله لم يجزه الا عن يومه
يعني اذا دفع لمسكين واحد في يوم ستين مرة بطريق الاباحة فلا خلاف لاحد في عدم جوازه و اما اذا كان بطريق
التمليك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة و لهذا لا يجوز الصرف الى الغني وبعد
ما استوفي وظيفة اليوم لا حاجة الى سد الخلة فصرف وظيفة اخرى اليه بخلاف كفارة الاذى لان المستوفي اي حكم تلك الكفارة
كالمعدوم ولا يكون الا يجعل مثله في هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير باتم من هذا وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك
كثيرة تتجدد في يوم واحد فاذا فرقه بدفعات في يوم واحد جاز كما في الايام بخلاف حاجة الاباحة بالاطعام فانه اذا استوفي
حاجته منه في يوم تنتهي حاجته الى الطعام ولا تتجدد الا بتجدد الايام وبخلاف ما اذا دفع دفعة واحدة لان التفريق
واجب بالنص وهو قوله تعالى فاطعام ستين مسكينا ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج اذا ادى الحصيات
السبع دفعة واحدة قوله و ان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام واضح قوله و المنع لمعنى في غيره يعني توهم القدرة
على الاعتاق لا يعدم المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء و الصلاة في الاوقات المكروهة قوله واذا اطعم عن
ظهارين واذا اطعم المظاهر عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجزيه عنهما و ان اطعم ذلك عن افطار و ظهار اجزا عنهما اتفاقا له ان بالمودي وفا
بهما اذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر فنصف الصاع وفاء بها لا محالة و المصروف اليه محل لهما لان الفقير
لا يخرج باخذ احد الحقين عن كونه مصروفا لبقاء الخلة و النية معينة فيقع عنهما كما لو اختلف السبب يعني اطعم ذلك
عن ظهار و افطار او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة
و الغرض عدمه فلغت النية و اذا لغت و المودي يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير المعادير
يمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة فانه يقع عن احدهما بالاتفاق بخلاف ما اذا
فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين اخر وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل ظهار وجب بسبب على حدة فكان
بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي ان يقع عنهما و الثاني انه لو اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه صح عن احد الظهارين
بعينه صحت نية التعيين ولم يلغ وان كان الجنس واحدا ولهذا احل وطي التي عينها و اجيب عن الاول بان المعتبر
النية معتبرة في الجنسين لانه كان بمنزلة الجنسين و هو جنس واحد وعن الثاني بان اعتاق الرقبة يصلح كفارة
عن احد الظهارين قدرا ومحلا فصحت نيته فاما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا و ان صلح عن الظهارين قدرا
لم يصلح لهما محلا لان محلهما مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق فاذا ازداد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب
ان يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو اعطى ثلثين مسكينا كل واحد صاعا قوله ومن وجبت عليه كفارتا ظهار ظاهر
وقوله كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء جواب عن الاستحسان والقياس ان لا يجوز و هو قول زفر لخروج الامر
من يده وان اعتق عن ظهارين لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رحمه الله لا يجزيه عن احدهما في الفصلين يعني في متحد
الجنس و مختلفه وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل عن ايهما شاء في الفصلين لان الكفارات باعتبار اتحاد المقصود
و هو الستر جنس واحد و النية في الجنس الواحد عن متعدد تبقى نية اصل الكفارة و لو نوى اصل الكفارة كان
له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء فكذا هذا ووجه قول زفر رحمه الله انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له
ان يجعل عن احدهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد لغو فيقال معناه نوى التوزيع
في الجنس الواحد فكانت لغوا واذا لغت صار كانه اعتق رقبته عن الظهارين ولم ينو عنهما وذلك جائز
وله ان يصرفها الى ايهما شاء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لانه نوى التوزيع
في الجنس المختلف وكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان قيل لا نسلم اختلاف الجنس فان الحكم وهو الكفارة
بالاعتاق في الظهار و القتل واحد اجاب بقوله و اختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب
فان القتل يخالف الظهار لا محالة واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لان الحكم يلزوم السبب واختلاف
اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ولما اختلف الجنس صحت النية فكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين
مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المصنف رحمه الله لكل واحد من الجنس المتحد و المختلف
بما ذكره في العبادات الطهارية فقال نظير الاول يعني الجنس المتحد اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه
عن قضاء يوم واحد بناء على ما ذكرنا من الغاء التوزيع و بقاء اصل النية اذ الجنس متحد ونظير الثاني يعني الجنس
المختلف اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد من التمييز فان نوى من الليل ان يصوم غدا عنهما كانت معتبرة
ولا يصير صائما اذ الجنس مختلف و اعترض على هذا بانه اذا نوى عن قضاء ظهرين عليه فان الجنس متحد وتعيين النية
لابد منه والا لا يقع عن واحد منهما و اجيب بانا لا نسلم اتحاد الجنس لانه مختلف باختلاف الخطاب و السببين

لكل

وادى ص

وقيل ح

غير معتبرة ح بنية التستر

لكل منهما سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب فليصمه من اول الشهر الى اخره باب
اللعان قد تقدم وجه المناسبة في اول الظهار و اللعان في اللغة الطرد و الابعاد يقال لاعنه ملاعنة ولعانا ثم
لقب الباب باللعان فقال دون الغضب وان كان فيه الغضب ايضا لان اللعن من جانب الرجل و هو مقدم وفي الشريعة
شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن و الغضب وسببه قذف الرجل امراته قذفا يوجب الحد في الاجنبية
وشرطه النكاح حتى لو طلقها قبل القذف لا يجري اللعان بينهما وركنه الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات
معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطي و الاستمتاع كما فرغ من اللعان اذا قذف الرجل امراته بالزنا وهما من
اهل الشهادة اي من اهل ادائها ولهذا لا يجري بين مملوكين و المراة ممن يحد قاذفها حتى لو لم يكن من ذلك بان تزوجت
نكاحا فاسدا ودخل بها او كان لها ولد مجهول النسب لا يجري بينهما او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه
اللعان فان قيل اللعان يجري بين الاعميين و الفاسقين وليسا من اهل الشهادة وتخصيص المراة بكونها ممن
يحد قاذفها اجيب عن الاول بانهما من اهل الشهادة لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز ولذا في شرح الطحاوي و الجامع
الصغير لقاضي خان وعن الثاني بانه انما شرط كونها ممن يحد قاذفها ليلا يخلو القذف عن ايجاب الحكم فانها اذا
لم تكن كذلك لم يلزم الرجل حد ولا لعان لان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضي احصانها بخلاف
ما اذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه وقذف فانه يحد حد القذف فلم يخل القذف عن ايجاب حكم قوله و الاصل اعلم
ان موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء كما في الاجنبية لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات
الاية ولما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل انصاري فقال يا رسول الله
ارايتم الرجل يجد مع امراته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم
افتح فنزلت اية اللعان ولانه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن امية حين قذف امراته بشريك بن سحماء ائت
باربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك والا فحد على ظهرك فقال الصحابة الان يجلد هلال بن
امية فتبطل شهادته في المسلمين فثبت ان موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان
فنظرنا في اية اللعان فوجدناها دالة على ان الاصل في اللعان ان يكون شهادات موكدات بالايمان مقرونة
باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لان الله تعالى قال و الذين يرمون
ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الازواج من الشهداء
و الاصل في الاستثناء ان يكون من الجنس ولا شهداء الا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان
فدل انها شهادات اكدت بكلمات نفيا للتهمة وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله
نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان
كاذبا تاكيدا وهو قائم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لانهن يستعملن في كلامهن لكثيرا
على ما ورد به الحديث انكن تكثرن اللعن وتكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن عن اعينهن فيخاف
يجترين على الاقدام لكثرة جري اللعن على السنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب
ردعا لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة
اجيب بان الحد زاجر و الاستشهاد بالله مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك فجرى ذلك زجرا عن
الاقدام على سببه فان قيل لو كان اللعان قائما في حقه مقام حد القذف يجري على حد يتة في الاتحاد
و التعدد وليس كذلك فان من قذف اربع نسوة له في كلمة واحدة او في كلام متفرق فعليه ان يلاعن
كل واحدة منهن على حدة وان قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة واحدة اجيب بان
اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امراته لا مطلقا لانه صار بدلا عما كان يلزمه في الابتدا
بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات على ان ذلك لاختلاف المقصود فان المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن
وذلك يحصل باقامة حد واحد وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد
يكون صادقا في حق بعض دون بعض و المقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن
كل منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه لهن حد واحد لان موجب قذفهن الحد حينئذ والمقصود
يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان عند الشافعي اللعان ايمان موكدات بالشهادات
فمن كان اهلا لليمين كان اهلا للعان قال اذا ثبت هذا فنقول يعني اذا ثبت ان الاصل
ان اللعان عندنا شهادات موكدات بالايمان لابد ان نقول لا بد ان يكون الملاعن من اهل الشهادة لان الركن فيه
الشهادة ولا بد ان تكون المراة ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الاحصان ويجب بنفي
الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها كما اذا نفى اجنبي نسب ولدها عن ابيه المعروف فانه يكون قاذفا للمراة

فلذلك هذا ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطي بشبهة كما لو قال الاجنبيه ليس هذا الولد الذي لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يلحق به وقال الشافعي رحمه الله لا يصير
بنفي الولد قاذفا لها ما لم يقل وانه من الزنا لجواز ان يكون من الوطي بشبهة كما لو قال الاجنبيه ليس هذا الولد الذي ولدته من
زوجك فانه لا يصير قاذفا ما لم يقل وانه من الزنا بالاتفاق قال شيخ الاسلام والقياس ما قاله الا انا تركناه للضرورة في اللعان
لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يطاها او عزل عنها عزلا بينا ولكن لا نعلم انه بزنا او بوطي بشبهة فاكتفي بنفي الولد
حتى ينتفي عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة في حق الاجنبي ويشترط طلبها بموجب القذف لانه
حقها لانه باللعان يندفع عار الزنا عنها فلا بد من طلبها كما في الحقوق فان امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم
حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه
ليرتفع السبب وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب وهو اي سبب اللعان اي علته
وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل واحد منهما الاخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امراته بالزناء
واما اذا اكذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المراة في انها لم تزن وكم لا يجري اللعان بعد ذلك واما النسخة الاولى
فقيل انها تعتبر على زعم ان سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب بل يتقرر الا ترى انه يجب عليه الحد بالاكذاب
وهو الاصل لكن يرتفع الشين بالتكاذب ومن الناس من قال اراد بالسبب الشرط لان التكاذب شرط
اللعان قيل قوله وهو قادر على ايفائه احتراز عن المديون المفلس فان الدين حق مستحق عليه لكن غير قادر على
ايفائه فلا يحبس ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص وهو قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله
الا انه يبتدا بالزوج لانه هو المدعي بناء على ان اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعي والاستثناء بمعنى
لكن كانه استشعر ان يقال المتلو من النص لا يدل على المبتدا به فقال الا انه يبتدا وقوله فان امتنعت
ظاهر واذا كان الزوج عبدا او كافرا بان كانا كافرين فاسلمت المراة وقذفها الزوج قبل ان يعرض عليه الاسلام
او محدودا اي في قذف فقذف امراته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته لانه ليس من اهل الشهادة فيصار الى
الموجب الاصلي وهو حد القذف الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية فانه كان هو المشروع
اولا ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند وجود الشرط فاذا عدمت صير الى الاصل وقوله وان كان
هو من اهل الشهادة ظاهر وقوله والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم
اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت العبد المملوك قيل هذا الحديث لم يوجد له اصل
في كتب الحديث ولكن ابو بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده الى عبد الباقي الى عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وقيل كفى بابي بكر الرازي لعدالته وفقهه وضبطه
متعديا ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من اهل الشهادة
فان قيل هلا اعتبر جانبها وهي ايضا محدودة في القذف درا للحد اجيب بان المانع عن الشي انما يعتبر مانعا
اذا وجد المقتضي لانه عبارة عما ينتفي به الحكم مع قيام مقتضيه واذا لم يكن الزوج اهلا للشهادة لم ينعقد قذفه
مقتضيا للحكم وهو اللعان فلا يعتبر المانع فيجب ان يحد لان القذف توجيه اجيب بان في العبد شبهة الاهلية
لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت درا للحد وليس كذلك المحدود في قذف والقذف في نفسه موجب
الحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الاهلية من جانبه فانه ينعقد قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم اهليتها بكونها محدودة
في قذف بطل المتعدي فلا يجب الحد لانه لم ينعقد له بل انعقد اللعان ولا لعان لبطلانه بالمانع ونوقض بالوقف
عبد امراته وهي مملوكة او مكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان وعلى ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه ليس من اهل الشهادة
فلا ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان قال وصفة اللعان ان يبتدي القاضي صفة اللعان على
ما ذكر في الكتاب واضحة وقوله فاذا التعنا لا يقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما يعني انه لو مات احدهما بعد الفراغ
من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا وقال زفر رحمه الله يقع الفرقة بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث
يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نفى الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص على وقوع
الفرقة بينهما بالتلاعن ولنا قوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان ووجه الاستدلال ان ثبوت الحرمة
يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح باحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم وقوله دل عليه اي
على ان لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي وكذا قال دل عليه ايضا كان اولى فتامل وقوله قول ذلك الملاعن يريد
عويمر العجلاني فانه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان كذبت عليها ان امسكتها هي طالق ثلاثا ولم ينكر
عليه النبي صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل فالانكر بقوله
اذهب فلا سبيل لك عليها اجيب بان ذلك منصرف الى طلبه رد المهر فانه روي انه قال ان كنت صادقا فهو لك

بما استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها والجواب عن استدلال زفر بالحديث يجي ثم اذا فرق الحاكم
يكون الفرقة تطليقة باينة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه لنيابته عنه كما في العنين
وقوله وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما مسيلة مبتداة وقال ابو يوسف رحمه الله هو اي التابيت باللعان تحريم مؤبد
لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد وهو ينافي عوده خاطبا ولنا ان الاكذاب اي الاكذاب
بالكذب رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها ولا منافاة بين نص التابيد والعود خاطبا لان معناه لا
يجتمعان ما داما متلاعنين لانهما يكونان متلاعنين اما حقيقة بمباشرتهما اللعان او مجازا باعتبار بقا حكمه ولم
يبق شي بعد الاكذاب اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لما اكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت اهلية اللعان
واذا بطلت الاهلية ارتفع حكمه فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه من الاب والحقه بامه وصورة
اللعان في ذلك ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وهو ظاهر ولان المقصود من هذا اللعان
نفي الولد حيث كان القذف به فيتوفر عليه اي على الزوج مقصوده فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا لنفيه
فلا يحتاج ان ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد الزمته امه
واخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف عنه لانه اي نفي الولد ينفك عنه اي عن التفريق اذ ليس
من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه فلا بد ان
يصرح القاضي بنفي النسب رواه بشر عن ابي يوسف رحمهما الله فان عاد الزوج واكذب نفسه بعد اللعان
حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها تطليقة باينة بعد القذف فانه
اذا اكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد ولا اللعان واما اللعان فلان المقصود باللعان التفريق
بينهما ولا يتاتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان بعد فوات المقصود ولا حد عليه لان حكم قذفه كان
موجب اللعان والقذف الواحد لا يوجب الحدين بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد ما لاعنها لان وجوب اللعان
هناك يحط القذف والحد فكلمات اللعان فقد نسبها الى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها باكذابه نفسه فكون
هذا نظير شهود الزنا اذا رجعوا واما فيما قلنا فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وان اكذب نفسه فلو قال
انت طالق ثلثا يا زانية كان عليه الحد لانها بانت بالثلاث فانما قذفها بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية
انت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوحته ثم ابانها بالثلاث وقد بينا انه بعد قذفها اذا ابانها
لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط وقوله وحل له ان يتزوجها تكرار لقوله وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما
ويجوز ان يقال ذكر هناك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدوري وقوله وكذلك ان قذف غيرها فحد به يعني جاز له
ان يتزوجها وقوله لما بينا يريد به قوله لانه لما حد لم يبق اهلا للعان وكذا اذا زنت فحدت له ان يتزوجها لانتفا
اهلية اللعان من جانبها فان قيل لم اجرى اللعان بينهما علم انهما زوجان على صفة الاحصان والمراة والرجل اذا
زنيا بعد احصانهما يرجمان فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت فبعد ذلك اني يبقى محلا للتزوج اجيب بان
معنى قوله حدت جلدت وتصوير المسيلة ان يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم انها زنت بعد اللعان فكان
حدها الجلد دون الرجم لانها ليست بمحصنة لان من شروط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد
وقوله واذا قذف امراته وهي صغيرة اذا قذف امراته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها
لو كان القاذف اجنبيا لعدم احصانها لان من شرطه البلوغ والعقل فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان
مقام حد القذف وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم الاهلية لكونه غير مخاطب وقذف الاخرس لا يتعلق
به اللعان لانه قايم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت الا بالصريح فكذلك اللعان وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
هو يقول اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولنا ان الاشارة لا تعرى عن الشبهة لكونها محتملة والحدود تندرئ
بالشبهات واللعان في معنى الحد واذا قال الزوج ليس حملك مني ظاهر والضمير في قوله يتيام الحمل عنده للقذف
وقوله والقذف لا يصح تعليقه بالشروط انما كان كذلك لان القذف مما لا يحتلف به لافضايه الى ابقايه الى زمان
وجود الشرط في ذمة الحالف وفي ذلك احتمال لا اثبات ما يندري بالشبهات وان قال لها زنيت وهذا من الزنا ظاهر
وقوله قذفها حاملا روي انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به ارسخ حمش الساقين فهو لهلال وفي رواية احيمر
قصيرا وان جاءت به اسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا
الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان ولنا ان نفي الولد حكم من احكامه والاحكام لا تترتب عليه الا بعد
الولادة لتمكن الاحتمال قبله اي قبل انفصال الولد او قبل حصول الولادة فان قيل بل يترتب عليها قبلها
كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله اجيب بان اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد ولا يثبت مع الشبهة
بخلاف الرد بالعيب لانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتعذر في الحال

وحاصل الجواب ان قوله الاحكام لا تترتب يراد به بعضها ونفي الولد منها ليلا يلزم اقامة الحد مع قيام الشبهة
والحديث اي حديث هلال محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي بدليل ما روينا انه صلى الله عليه وسلم
قال ان جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحي وقوله واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة
او في الحالة التي تقبل التهنية قال في النهاية على بناء المفعول لا الفاعل لانه لو قيل للاب التهنية ثم نفى لا يصح
نفيه وهو ظاهر يصح نفيه في مدة النفاس اذا كان ذكرها اولا في حنيفة رحمه الله انه لا معنى للتقدير بمدة لان
الزمان للتامل ليلا يقع في نفي الولد مجازفة واحوال الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه اي على عدم
النفي وهو قبوله التهنية او سكوته عند التهنية فان ذلك اقرار منه ان الولد له وكذلك ابتياعه ما يصلح له لاصلاح
الولد عادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي واذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده وليس فيما
ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قدره بسبعة ايام لان في هذه يستعد
للعقيقة وانما تكون العقيقة بعد سبعة ايام ولكن هذا ضعيف لان نصب المقدار بالراي لا يجوز وذكر
في الشامل انه روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه مقدر بثلاثة وذلك في الضعف مثل الاول ولو كان الزوج
غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين فيجعل كانها ولدت الان فله النفي عند ابي
حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنية وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد
العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة وقوله واذا ولدت ولدين في بطن واحد ظاهر وقوله والاقرار
باللعان سابق على القذف جواب سؤال تقريره ينبغي ان يجب عليه الحد لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار
للاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف باثبات الاقرار ولو وجد الاقرار بعد
النفي ثبت الاكذاب ووجب الحد فكذا ههنا وتقرير الجواب ان الاقرار باللعان سابق على القذف في حقيقته
والاعتبار بالحقيقة فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال انها زانية وفي ذلك التلاعن ولا يكون ذلك اكذابا
فكذلك هذا
باب العنين وغيره لما فرغ من وجوه احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق
ذكر في هذا الباب احكام من به العوارض بعد ذكر حكم الاصحاء والعنين هو الذي لا يقدر على اتيان النساء من عنّ اذا حبس
في العنة وهي حظيرة الابل او من عنّ اذا اعرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين ان يقوم الته او لم تقم وبين ان يصل الى
الثيب دون البكر او الى بعض النساء دون بعض وبين ان يكون لمرض به او لضعف في خلقته او كبر سنه او لسحر
او لغير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها وقوله واذا كان الزوج عنينا واذا كان
الزوج عنينا اجله الحاكم سنة ابتداؤها من وقت الخصومة فان وصل اليها والا فرق الحاكم بينهما اذا طلبت المرأة
ذلك وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وعليه فتوى فقهاء الامصار كابي حنيفة واصحابه والشافعي
واصحابه ومالك واصحابه ولان حقها ثابت في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون
لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة لان العجز قد يكون لفرط
رطوبة فيزول في يابس الهواء او بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبائع فاذا مضت ولم يصل
اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح باحسان فاذا امتنع ناب القاضي
منابه ففرق بينهما قيل وينبغي ان يقدر السنة شمسية اخذا بالاحتياط لانه ربما يكون موافقة العلاج في الايام
التي يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما نذكره ولا بد من طلبها التفريق
لانه من حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي
هو فسخ لانه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا يعني بعد التمام واما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار
البلوغ وخيار العتق وقد تقدم وانما يقع التطليقة بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها
لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة اما الاول فلفوات المقصود وهو
الوطء واما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل دفع الظلم ولها كمال المهر ان كان خلا بها لان خلوة العنين صحيحة
لان المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الالة فيجب عليه البدل دل على ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما حيث
قالا ما ذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم وتجب العدة لتوهم الشغل احتياطا استحسانا لما بينا يعني في باب المهر
هذا اذا اقر الزوج بعدم الوصول اليها وان ادعاه وانكرته فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر
استحقاق حق الفرقة حقيقة وان كان مدعيا للوصول صورة والاصل في الجبلة السلامة فان الظاهر شاهد
له والقول قول من يشهد له الظاهر فكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنى وان
كان مدعيا صورة ثم ان حلف بالله لقد اصبتها بطل حقها وان نكل تؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء
فان قلن هي بكر اجل سنة وان قلن هي ثيب يحلف الزوج لامكان ان بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين

مع يمينها دون نكوله فان حلف فلا حق لها وان نكل يؤجل سنة ثم كيف يعرف انها بكر او ثيب قالوا يدفع في فرجها
اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا
فثيب وقيل تكسر البيضة فتصب في فرجها فان دخل فثيب والا فبكر وقوله وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال
ظاهر وقوله وان قلن هي ثيب حلف الزوج حاصله ان الارادة للفرقة مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد
الاجل للتخيير فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول اي لتأيد دعوى المرأة انه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين وان
حلف لا تخير لبطلان حقها وان كان ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه يعني قوله فالقول قوله
مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها
وكذا اذا قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل ان تختار شيئا بطل خيارها لان هذا
بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقف بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا
او دلالة بتأخير الاختيار الى ان قامت او اقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء فان اختارت الفرقة
امر القاضي الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضي بينهما كما مر قال وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية
هو الصحيح وهو ظاهر الرواية وهي ثلاثمائة واربعة وخمسون يوما وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر
السنة الشمسية وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم ويحتسب بايام الحيض وشهر
رمضان الواقعة في مدة التأجيل ايام الحيض هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم
قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها ايام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها ولا يحتسب
بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه اي عن المرض فلم يكن في معنى ايام الحيض وشهر رمضان فيعوض
لذلك من ايام اخر وعلى هذا فتوى المشايخ وروي عن ابي يوسف انه اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع الجماع
معه فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر منه لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها وكذلك
الغيبة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار دون الليل يكون
نصف الشهر فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه انهما اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم
يحتسب عليه بزمان المرض وعن محمد ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض
شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض واذا كان بالزوجة عيب اي عيب كان فلا خيار للزوج
في فسخ النكاح وقال الشافعي رحمه الله يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق
بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع اي لانسداده ليس لها خرق
الا المبال والقرن بسكون الراء فالقرن في المعروف هو اما غدة غليظة او لحمة مرتتقة او عظم يمنع من سلوك
الذكر في الفرج وامرأة قرناء بها ذلك قال لانها يعني العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حسا او طبعا اما حسا
ففي الرتق والقرن واما طبعا ففي الجذام والبرص والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن الجماع بها وربما
يسري الى الاولاد والطبع مؤيد بالشرع قال النبي صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان
فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من مهرها فاختلاله بهذه العيوب اولى قيل قوله
فيه ضعف لان النكاح موقت بحياتهما وهذا اي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات
وفوات الثمرة لا يؤثر في عقد الا ترى انه لو لم يستوف لجنون او قرن او فرج فاحش لم يكن له حق الفسخ وان
المقصود هو التمكن وهو حاصل اما في الجذام والبرص والجنون فظاهر واما في الباقين فبالشق والفتق من المحذور
الحديث محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضا
فردها محمول على الطلاق لانه روي انه عليه السلام قال لها الحقي باهلك وهذا من كنايات الطلاق وكذا ما روي عن عمر رضي
الله عنه انه اثبت لها الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهم واذا كان بالزوج جنون
او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لها الخيار لانها تتعذر عليها الوصول الى حقها
لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير دفعا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع
الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود
المشروع له النكاح وهو الوطء لانه شرعية النكاح لاجل الوطء وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا فان قيل جعل المقصود
الوطء فيما اذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفي مسألة الجب والعنة جعله
المقصود والمشروع له النكاح ويلزم من ذلك ان يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الموضعين
وذلك تحكم قلت هذا السؤال نشأ من تغيير المشروع له النكاح بالوطء وليس ذلك بمراد وان المراد به التمكن كما
تقدم وبه يخلو الجواب بخلاف العيوب الثلاثة
باب العدة لما كانت اثر الفرقة بالطلاق

وغيره اعقبه لينكر وجوه التفريق فيها بما هي عليه لان الاثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة ايام اقراء المراة وفي
الشريعة تربص يلزم المراة عند زوال النعمة متاكدا بالدخول او الخلوة او الموت وهو اي هذا الزوال سببها
وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة الى اجل تنقضي وعند الشافعي هو كف المراة نفسها عن افعال محظورة عليها
وقد عرف في موضعه قال ـــ واذا طلق الرجل امراته اذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا او رجعيا ولم يقل وقد دخل
بها لان قوله رجعيا يغني عنه اذ الرجعة لا تكون الا في المدخول بها او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق كخيار العتق
وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الاخر والفرقة بالنكاح الفاسد وهي حرة ممن تحيض فعدتها
ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليه بعبارته
واما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارية على النكاح وهذا
اي التعرف عن براءة الرحم تحقق فيها اي في الفرقة بغير طلاق والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رحمه الله الاقراء
الاطهار واللفظ حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد وكذا قاله ابن السكيت ولا يمكن ان يثبت ولهما
جمله للاشتراك فان اللفظ الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين او حقيقة ومجازا على ما عرف
في الاصول ولا يبعد في ان يكون تعرض المصنف بكونه من الاضداد اشارة الى نفي قول من يقول انه مجاز في احدهما
لانه لا بد للمجاز من مناسبة وكونه من الاضداد ينفيها وهذا ايضا مما عرف في الاصول فلا بد من الحمل على احدهما
والحمل على الحيض اولى لمعان احدها العمل بلفظ الجمع يعني القروء فانه السنة محسوب من الاقراء عند من يقول
بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قروين وبعض الثالث ولفظ الثلاثة في قوله تعالى ثلثة قروء خاص لكونه
وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا ايضا مما عرف في الاصول وقد قررناه في الانوار و
التقرير بخلاف ما لو اريد به القروء الحيض فانه يكمل ثلاثا والثاني ان الحيض معرف لبراءة الرحم لانها اي البراءة
انما تظهر بالحيض لا بالطهر لان الحامل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حايل او حامل وهو اي التعرف
هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الامة حيضتان والرق انما يؤثر في التنصيف لا
في النقل من الطهر الى الحيض فيلتحق بيانا به اي فيلتحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا وان كانت لا
تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن
ثلثة اشهر وكذا التي بلغت بالسن اي خمسة عشر سنة باخر الاية وهو قوله تعالى واللائي لم يحضن عطف اللائي لم يحضن
على اللائي لم يئسن وجعل لهما خبرا واحدا وفي هذا دلالة ظاهرة على ان الاصل في العدة الحيض والشهور
بدل عنها حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما في قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا وان كانت حاملا فعدتها
ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقوله وان كانت امة ظاهر وقوله وعدة
الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن
اربعة اشهر وعشرا نسخ قوله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج واستدل عليه بما روي ان
المتوفى عنها زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستاذنه في الاكتحال فقال صلى الله عليه وسلم
كانت احداكن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها قعدت في شر احلاسها في بيتها حولا ثم خرجت فرمت كلبا ببعرة
افلا اربعة اشهر وعشرا فسقط استدلال من يقول لها عدتان طولى وهي الحول والقصرى وهي اربعة اشهر وعشرا
وان الاولى هي العدة الكاملة وان الثانية رخصة وعدة الامة شهران وخمسة ايام لما عرف غير مرة ان الرق
منتصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو
مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وكان علي رضي الله عنه يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة
اشهر وعشر ايهما كان ابعد لان قوله تعالى واولات الاحمال يقتضي الاعتداد بوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن
بانفسهن يوجب الاعتداد باربعة اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا وقلنا قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء
باهلته ان سورة النساء القصرى يعني بها النبي اذا طلقتم النساء الى اخرها نزلت بعد التي في سورة البقرة يريد
ان قوله تعالى واولات الاحمال متاخر عن قوله تعالى يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا في ذوات الاحمال وقال عمر
رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج قال ـــ واذا ورثت المطلقة
في المرض عدة المطلقة بطلاق الفار اذا كان بائنا او ثلاثا فعدتها ابعد الاجلين اي تعتد اربعة اشهر وعشرا فيها ثلاث
حيض حتى لو اعتدت اربعة اشهر وعشرا ولم تحض كانت في العدة ما لم تكمل ثلاث حيض ولو حاضت ثلاث حيض
قبل تمام اربعة اشهر وعشر لا تنقضي عدتها حتى تتم المدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
ثلث حيض واما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق لان
الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلاث حيض لان عدة الوفاة
مختصة

فانه جمع قرء بالفتح والضم
ووجه ان اقل الجمع ثلاثة
وذلك انما يتحقق عند الحمل
على الحيض لا على الطهر كما ان
الطلاق يوقع في طهر وهو
السنة ع

مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقي في حق الارث اجاب بقوله الا
انه بقي في حق الارث يعني بالدليل الدال على توريثها لا في حق تغيير العدة بخلاف الطلاق الرجعي لان النكاح
باق من كل وجه لا تعدم ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة وهو بيان الملازمة بقوله احتياطا وبيانه
انا انما اعطيناها الميراث باعتبار ان النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت الموت او باعتبار اقامة العدة
مقام اصل النكاح حكما اذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت عند الموت بالشك والعدة
تجب به فاذا جعل النكاح في حكم الميراث كالموجود حكما ففي حكم العدة اولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر
حقيقة فالزمناها الجمع بينهما احتياطا وقوله ولو قتل على ردته جواب عما استدل به ابو يوسف فقال الا ترى
ان المرتد اذا قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال النكاح كان
بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك ايضا على هذا الاختلاف
عندهما تعتد بابعد الاجلين فلا ينتهض دليلا وقيل عدتها بالحيض بالاجماع وعذرهما عن ذلك ما ذكر في الكتاب
ان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لانها عند [illegible] مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند
استحقاق الميراث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة وههنا
استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما
وقوله وان اعتقت الامة في عدتها ظاهر واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت
عند الزوال فينبغي ان لا تتحول العدة في الرجعي ايضا لانها عند الزوال امة ولهذا يعتبر من وقت
الطلاق واجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها
فتتغير ولهذا يتحول بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم تتحول العدة
بالعتق وقوله وان كانت ايسة ظاهر وقوله اذا رات على العادة يعني ان رات دما سائلا وكان يحكي
محمد بن ابراهيم الميداني يقول ان رات دما سائلا كما كانت تراه في زمان حيضها فهو حيض وان رات
بلة يسيرة لم يكن حيضا بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض وقوله لان عودها يبطل الاياس
هو الصحيح قيد بالصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم باياسها
فاما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت ابنة تسعين سنة او نحوها فرات الدم بعد ذلك
لم يكن حيضا وقوله تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه
يبني بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع والسجود يومي وفي ذلك جمع بين البدل والمبدل والجواب بان
البدلية اما ان يعتبر في الصلاة او في الطهارة وكلاهما غير صحيح اما الاول فلان الصلاة بالتيمم ليست
ببدل عن الصلاة بالوضوء وكذلك الصلاة بالايماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لان بعض
الشيء لا يكون بدلا عن كله واما الثاني فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان احدى الطهارتين
لا تجمع بالاخرى واما العدة بالشهور فبدل عن الحيض والاكمال بالبدل بالاصل جمع بينهما قال ـــ والمنكوحة
نكاحا فاسدا المنكوحة نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا والمحرم اذا انكحها المحرم عالما
بحرمتها عند ابي حنيفة رحمه الله والموطوءة بشبهة وهي التي زفت الى غير زوجها فوطيها عدتها الحيض في الفرقة
والموت جميعا لانها اي لان عدتها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطي
بشبهة والحيض هو المعرف ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة والموت فان قيل على هذا وجب ان يكتفى بحيضة
واحدة او شهر كما في الاستبراء وليس كذلك اجيب بانها انما كانت ثلاث حيض الحاقا للشبهة بالحقيقة فان
احكام العقد الفاسد ابدا تؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فانهما يفيدان
افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه وكذلك يثبت اجر المثل دون المسمى لذلك
وههنا ايضا لم يثبت عدة الوفاة لوهاء فيه فان عدة الوفاة لزيادة عدة التاسف لفوات نعمة النكاح والنعمة
في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان فيه جهة النكاح بالصحيح في اعتبار
مدة العدة احتياطا وقوله واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي رحمه الله حيضة
واحدة وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال لان عدتها [illegible] ملك اليمين لانها تجب بزواله فكانت كالاستبراء [illegible]
لا يختلف بالحياة والوفاة ولنا انها اثر زوال الفراش لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى
بحيضة واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما
واما مذهبنا فمذهب عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض وهو المروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهم
وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح وقوله واذا مات الصغير عن امراته ظاهر وقوله كما كان

ذات ع

بعد الموت يعني بان يقع بعد الموت لستة اشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ وقال بعضهم بان يأتي
لاكثر من سنتين قال في النهاية والاول اصح وتفسير قيام الحمل عند الموت ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت
كذا في الفوايد الظهيرية ولنا قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل بين ان يكون الحمل منا
الزوج او من غيره في عدة الطلاق او الوفاة وقوله ولانها مقدرة دليل معقول لهما وتقريره عدة الوفاة مقدره بمدة
وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا
المعنى يعني قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه وهذه اخرى وهي واضحة وبين الاول بقوله
لشرعها اي لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر
لان الحيض هو المعرف على ما مر وفيه بحث لان الضمير في قوله لشرعها اما ان يكون يعود الى عدة الوفاة في اولات
الاحمال او اليها مطلقا ولا سبيل الى الاول لانه ايحامل لا يحيض عندنا ولا الى الثاني لان المدعي عدة الوفاة
في الحامل فلا يلزم من ان يكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل ان لا يكون له فيها لان نفس وضع الحمل يدل
على فراغ الرحم والجواب ان الضمير يعود الى الوفاة مطلقا يعني ان عدة الوفاة شرعت لقضاء النكاح لا للتعرف
لا في اولات الاحمال ولا في غيرها لانها شرعت بالاشهر مع وجود الاقراء المعرف والدليل اذا كان اعم من المدلول
كان اتم فايدة وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العدم كما عرف
بخلاف الحمل جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني انما كانت عدتها بالشهور لان حكما بفراغ رحمها
عند الموت والزمنا العدة بالشهور حقا للنكاح بانه التربص فلا يتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت
العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل لانها عدة اولات الاحمال بالنص فافترقا اي الحمل القايم عند الموت والحادث
بعده فان قيل اذا مات الرجل ولم تكن المراة حاملا فقد الزمناها العدة بالشهور ثم اذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع
الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل اجاب بقوله ولا يلزم امراة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب
يثبت منه فكان اي الحمل كالقايم عند الموت حكما تبعا لحكم شرعي وهو ثبوت النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وحيث
يثبت ههنا لا بد له من حمل فجعلناه كالقايم حكما وفي امراة الصغير لما لم يثبت النسب لم نحكم اي جعل الحمل قايما عند
الموت فكان الحمل مضافا الى اقرب الاوقات فكانت ابتدات عدتها بالاشهر لا محالة ولا يثبت النسب في الوجهين يعني
في وجهي مسألة الصغير وهما وجه القايم عند الموت ووجه الحادث بعده لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه
العلوق فان قيل النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش اجاب بقوله والنكاح
يقام مقامه اي مقام الماء في موضع التصور قوله واذا طلق الرجل امراته ظاهر قوله واذا وطئت
المعتدة بشبهة اذا وجبت على المراة عدتان فاما ان يكونا من رجلين او رجل واحد فان كان الثاني كما اذا
طلقها ثلاثا فتزوجها في العدة ووطئها او وطئ المطلقة ثلاثا وقال ظننت انها تحل لي او طلقها بالفاظ الكناية فوطئها
في العدة فلا شك ان العدتين تتداخلان وان كان الاول وكانا من جنسين كالمتوفى زوجها اذا وطئت بشبهة
كما سيجيء او من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تتداخلان عندنا ويكون
ما تراه من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية
وصورة ذلك ان الوطئ الثاني اذا كان بعد ما رات حيضة تجب عليها بعد الوطئ الثاني ثلاث حيض ايضا
حيضتان للاول وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطئ الثاني خاصة وان لم يكن فاتت شيء فليس عليها
الا ثلاث حيض وهي تنوب عن ست حيض وقال الشافعي رحمه الله لا يتداخلان لان المقصود من العدة
العبادة اي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد فان العدة
كف عن التزوج والخروج كما ان الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكما لا تداخل في الصوم فكذا في العدة ولنا
ان المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فيتداخلان قوله ومعنى
العبادة تابع جواب عن قوله لان المقصود هو العبادة والدليل على ان معنى العبادة في العدة تابع ان ركنها
حرمة الازدواج والخروج قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الاية وقال ولا يخرجن الاية وموجب النهي
التحريم واذا كان ركنها الحرمة فالحرمات يجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام والحرم وكما يحرم فيمن حلف لا يشربها
وهو صايم فانها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه بخلاف الصوم فان ركنه الكف بقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى
الليل ولن يجتمع الامساكات في يوم واحد واستوضح المصنف رحمه الله تبعية العبادة بقوله الا ترى انها تنقضي بدون
علمها ومع تركها الكف يعني الخروج والعبادة لا يتحقق اداؤها بدون ركنها واعترض بانها لو كانت للتعرف عن فراغ
الرحم لم تجب على الصبية والايسة لعدم الشغل بالماء ولا على المتوفى عنها زوجها لان زوجها لا يحتاج الى ذلك واللوازم باطلة
فكذا الملزومات سلمنا ان المقصود ذلك لكن لا نسلم جواز التداخل والا لجاز التداخل في اقراء العدة لحصول المقصود
ونفي

ونفي ضرر تطويل العدة عنها واجيب عن الاول بان الصبية التي تحتمل الوطئ والايسة محتملتان العلوق فدار الحكم على العلوق
على دليل الشغل وهو الوطئ لان العدة يكتفى في ايجابها بتوهم الشغل وان كان على خلاف العادة فدار العلوق الحكم
على دليل الشغل العادة والمتوفى عنها زوجها لان زوجها لا يحتاج الى ذلك واللوازم باطلة فكذا الملزومات سلمنا ان
المقصود ذلك لكن لا نسلم ان جواز التداخل والا لجاز في اقراء العدة لحصول المقصود ونفي ضرر تطويل العدة عنها
واجيب عن الاول بان الصبية التي تحتمل الوطئ والايسة محتملتان العلوق فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطئ لان
العدة يكتفى في ايجابها بتوهم الشغل وان كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قايمة
صيانة لماء الزوجين عن الاختلاط لان ماء الاول محترم في نفسه كالثاني وعن الثاني بانا لا نسلم الملازمة لان التعرف
بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض في حصول المقصود لان المقصود من الاولى تعرف الفراغ ومن الثانية
اظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الاستبراء ومن الثالثة اظهار شرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل بحيضة
الواحدة وفيه نظر لان المصنف لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم فكان السؤال واردا عليه قوله والمعتدة عن
وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور ظاهر قال في المبسوط لو تزوجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق
بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام اربعة اشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للاخر وتحتسب بما حاضت بعد التفريق
عن عدة الوفاة ايضا قال ــــ وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق ابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق
وفي الوفاة عقيب الوفاة لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب فان
لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها فان محمدا اذا فارق الرجل امراته زمانا ثم قال
لها كنت طلقتك منذ كذا والمراة لا تعلم بذلك لها ان تصدقه وتجعل عدتها من ذلك الوقت ومشايخنا يريدون الاخبار
وسمرقند رحمهم الله يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة لجواز ان يتواضعا على الطلاق
وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشيء او يتواضعا على انقضاء العدة لان تتزوج اختها او اربعا
سواها وقال في الذخيرة اختيار مشايخ بلخ انه تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمانه الطلاق
يعني حتى لا يتزوج باختها وباربع سواها زجرا له على الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك حقها وقد اقرت
بسقوطه والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق بان يحكم الحاكم بالتفريق بينهما او عزم الواطئ على ترك وطئها والعزم
امر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار بذلك بان يقول تركت وطئها او ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار
الحكم عليه وقال زفر من اخر الوطئات لان الوطئ هو السبب الموجب للعدة اذ لولا الوطئ لم يجب عليها العدة ولنا ان كل
وطئ وجد في العقد وتقريره القول بالموجب وهو ان يقول سلمنا ان الوطئ هو السبب الموجب لكن جميع الوطئات
التي توجد في العقد الفاسد بمنزلة وطئة تترتب عليها العدة الا بالتفريق او العزم لانه قبل ذلك جاز ان يوجد غيره
فلا يكون ما فرضناه اخر الوطئات اخرها وتحرير هذه النكتة العدة لا تثبت الا باخر وطئة واخر وطئة لا توجد الا بالتفريق
او العزم اما انها لا تثبت الا باخر وطئة فبالاتفاق بيننا وبين الخصم واما ان اخر وطئة لا يوجد الا بالتفريق او العزم
فلما قال مع جواز وجود غيره قوله ولان التمكن على وجه الشبهة دليل اخر وتقريره ان حقيقة الوطئ امر خفي له سبب
ظاهر وهو التمكن من الوطئ على وجه الشبهة وكل امر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار عليه الحكم فالتمكن
من الوطئ على وجه الشبهة فيقوم مقام حقيقة الوطئ واذا قام مقامها كان التمكن باقيا كان الوطئ باقيا فلا يتعين
اخر الوطئات او التمكن باق بعد كل وطئة وصفت فلا بد من المتاركة او العزم ليرتفع التمكن فيتعين اخر الوطئات
فان قلت لا نسلم ان حقيقة الوطئ امر خفي لان الحاجة الى معرفة العدة انما هي للزوجين وحقيقة الوطئ ليست بخفية
بالنسبة اليهما قلت قد اشار الى الجواب بقوله ومست الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره اي غير الواطئ وهو الذي
يريد ان يتزوجها وقيل وكذا اخت الموطوءة واربع سواها ولا خفاء في خفاء مفهوم كلام المصنف رحمه الله في التكميل
ولم اجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت ما خطر ابو عمرو وجهد المقل دموعه قوله واذا قالت المعتدة
انقضت عدتي ظاهر وقوله فيحلف كالمودع يعني اذا قال هلكت الوديعة او قال رددتها وانكر المودع ذلك
فان القول قوله مع يمينه لانه امين وما على الامين الا اليمين قال ــــ واذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا قال في النهاية
هذه من المسايل المعروفة التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على اصل واحد وهو ان الدخول في النكاح
الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني اولا فعند محمد لا يكون وعندهما يكون وصورة المسألة المذكورة في الكتاب
ظاهرة ووجه قول محمد ان هذا الطلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استيناف
العدة فان قيل فهلا يجب عليها اكمال العدة الاولى اجاب بقوله واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه
لم يظهر حالة التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها
اكمال العدة الاولى كما لو اشترى ام ولده اي منكوحته التي ولدت منه ثم اعتقها فانه تجب عليها ثلاث حيض حيضتان

من النكاح يجتنب فيها ما تجتنب المنكوحة من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشترتها
بعد النكاح ووجبت العدة الا ترى انه لا يجوز ان يزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملكه اليمين فاذا
زال المانع ظهر حكم العدة في حقه ايضا فوجبت حقا للنكاح دونها يعتبر انه من الاعتاق ايضا ويلزمها الاحداد واما
الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد ولنا انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاول وبقي اثره
ايضا وهو انه يبقى اثره اي اثر الوطي الاول وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة بالدخول في النكاح الاول
مناب ذلك القبض الذي كان بالدخول مناب القبض اي الدخول المستحق في هذا النكاح فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد
الدخول في النكاح الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق
بعد الدخول لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الواقع باين اجيب بانه ليس
بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشي لا يلزم ان يساويه من جميع الوجوه الا ترى ان
الخلوة كالدخول في حق كمال المهر ووجوب العدة لا في ما سواهما حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع باينا وشبهه
بالغاصب يشتري المغصوب وهو واضح وقوله نوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله بان
ذلك القبض عن القبض المستحق وقوله زفر على ما ذكره وقوله وجوابه ما قلنا اشارة الى قوله واكمال العدة الاولى
والى قوله ولهما انها مقبوضة في يده الى اخره واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا
مراغمة على نية ان لا تعود الى دار الحرب ابدا الا مراغم فلان قومه اذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال
الامام التمرتاشي اذا خرج احد الزوجين الينا مسلما او ذميا او مستامنا ثم اسلم او صار ذميا والاخر على حدته ثم
فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المراة هي الخارجة فلا عدة عليها وانما قيد المصنف بقوله مسلمة بيانا لا جنس
حالا انها فان تزوجت جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير
الاختلاف في نكاحهم محارمهم يعني كما ان نكاح المحرم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك حتى لا نتعرض لهم لذلك
الذمية المطلقة لا عدة عليها من الكافر اذا كان معتقدهم ذلك وقد بيناه في كتاب النكاح يعني في باب نكاح اهل
الشرك واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بينهما بسبب اخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين
بخلاف ما اذا هاجر بنفسه في دار الحرب لعدم تبليغ احكام الشرع اياها وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن

نفى الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص وقوله ولان العدة حيث
وجبت دليل معقول وتقريره الكتابة العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب صيانة لما يحترم ولهذا لا تجب
قبل الدخول ولا حق للحربي لانه ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك وقوله الا ان يكون حاملا يجوز ان يكون استثناء من
قوله والحربي ملحق بالجماد معناه لان معناه والحربي لا حق له الا ان تكون امراته حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب والحمل
الثابت النسب امنع من احتماله الا ترى ان ام الولد لو كانت حاملا لا يزوجها مولاها وان كانت حايلا جاز لذلك
وهذا لان الولد اذا كان ثابت النسب كان الفراش قايما فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين ولا كذلك اذا لم يكن
ولقايل ان يقول قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن مطلق لا يفصل بين الحامل والحايل فتقييده بالحايل زيادة
على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا
يسقين ماءه زرع غيره مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى الحسن
عن ابي حنيفة انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يطاها كالحبلى من الزنا والاول وهو ان لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل اصح
لثبوت نسب الولد بخلاف الحبلى من الزنا لانه لا نسب له فصل لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب

فصل

على من يجب وعلى من لا يجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدة ان يفعله وما لا يجب يقال بت طلاق المراة وابتنها
والمبتوتة المراة واصلها المبتوت طلاقها والمراد بالمبتوتة المراة واصلها المبتوت طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع
عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلاث وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا والمطلقة باينة وعلى المبتوتة والمتوفى عنها
زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد وهي ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها واصل الحد المنع يقال احدت
احدادا فهي محدة منعت نفسها وحدت تحد حدادا اما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامراة تؤمن
بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا وفي وجه الاستدلال به اشكال
لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لكون المستثنى من التحريم والاستثناء من التحريم احلال وليس الكلام
فيه وانما هو في الايجاب وقال في النهاية يمكن ان يقال قوله عليه السلام لا يحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد
نفي الاحداد نفسه فحينئذ كان في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة فكان تقدير الحديث لا تحد المراة على ميت فوق ثلثة
ايام الا المتوفى عنها زوجها فانها تحد اربعة اشهر وعشرا فكان هذا حينئذ اخبارا باحداد المتوفى عنها زوجها فكان
واجبا لان اخبار الشارع اكد وهذا انسب ما وجدت في المشروح فان قيل الاحداد هو التاسف على فوت النعم
وذلك

وذلك مذموم قال الله تعالى لكيلا تاسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما اتاكم فكيف صار واجبا بالخبر معارضا للكتاب
اجيب بان المراد في الكتاب فرح خاص واسى خاص وهو الفرح والاسى مع الصياح هكذا روي عن ابن مسعود رضي
الله عنه واما وجوب الاحداد على المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا احداد عليها لانه وجب للتاسف على فوت زوج
وفى بعهدها الى مماته وهذا قد اوحشها بالابانة فلا تاسف على فوته ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة
ان تختضب بالحناء وقال الخطابي روته ام سلمة رضي الله عنها ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى
الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها
والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن وابراهيم ادرك عصر الصحابة
وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده وقوله ولانه وجب دليل معقول ويجوز ان يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها
زوجها بطريق الدلالة وتقديره ان النص ورد في وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناطه اظهار التاسف
على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا
قبل الابانة لا بعدها فكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتافيف فان قيل ان نعم
هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لانها قد افتدت نفسها برضاها لطلب الخلاص منه فكيف تتاسف فالجواب ان الاحكام انما
تعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعم النكاح مما يوجب التاسف بوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات
العقل والدين لا يقال لو كان الحداد كما ذكرتم لوجب على الازواج ايضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لانا نقول النص
لم يرد الا في الزوجات والازواج ليسوا في معناهن لكونهم ادنى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لا لقيامهم على
رضم ودرور النفقة عليهن لانهن صنيف عن التكسب عواجز عن التقلب ولا كذلك الازواج وقوله والحداد ويقال الاحداد
توقيف للحداد وكان موضعه اول الكلام واتى بجامع الصغير لان لفظه مخالف لفظ القدوري وفي الوجيز اشارة الى ان
الاحداد هو التداوي لا الزينة وقوله والمعنى فيه اي في الجانب ترك الطيب والزينة وجهان احدهما ما ذكرناه
من اظهار التاسف والثاني ان هذه دواعي الرغبة فيها لان المراة اذا كانت متزينة متطيبة تريد رغبة الرجل فيها
وهي ممنوعة عن النكاح ما دامت في عدة الوفاة او الطلاق فيتجنبها لئلا يصير ذريعة اي وسيلة الى الوقوع في المحرم
وهو النكاح وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ياذن للمعتدة في الاكتحال روي عن ام سلمة رضي الله عنها انها قالت
جاءت امراة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال صلى الله عليه
وسلم وقالت ان زوج بنتي توفي وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال صلى الله عليه وسلم لا مرتين او ثلاثا وقوله والمراد
الدواعي ينبغي ان يكون مرادها الاستعمال الدواء لا الزينة وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام الخضاب طيب
قال ولا احداد على الكافرة هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وام الولد والمعتدة
عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم اما الكافرة وهي الكتابية فلانها
غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه اشار الى ذلك قوله عليه السلام لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر
واما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الامة في اثناء هؤلاء استطرادا وهو ظاهر واما ام الولد والمعتدة عن
نكاح فاسد فلان كل واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف والاصل هو الاباحة في الزينة لان الله تعالى قال
الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فان قيل قد ذكر المصنف رحمه الله ان وجوب الحداد لاظهار التاسف
وكون هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها فان فات الاول في ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما
لانهما ممنوعتان عن النكاح حال قيام عدتهما فكان ينبغي ان يجب الحداد عليهما للوجه الثاني اجيب بان الوجه الثاني
حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة واري
ان قوله والاباحة الاصلية اشارة الى الجواب عن هذا السؤال ووجهه انه لما فات فيهما احد الوجهين عارضته الاباحة
الاصلية الوجه الاخر فلم تثبت الحرمة ولا ينبغي ان تخطب المعتدة لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح
حتى يبلغ الكتاب اجله ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة
النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح
وعلى هذا التفسير كانت الاية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شيء اخر
وقد فسره ابن عباس رضي الله عنهما في الخطبة على ما ذكره في الكتاب وقوله او اكننتم في انفسكم اي سترتم في
قلوبكم فلم تذكروه بالسنتكم لا مصرحين ولا معرضين والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن سرا محذوف تقديره
علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا اي وطيا لانه مما يسر الا ان تقولوا قولا معروفا
وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء متعلق بلا تواعدوهن اي لا تواعدوهن مواعدة قط الا مواعدة
معروفة كناية اكتفاء وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب ولا يجوز للمطلقة الرجعية

والمبتوتة ان تخرج من المنزل الذي كانت فيه وقت المفارقة الا اذا اضطرت نحو ان خافت سقوطه او تلف على نفسها او مالها او اخرجها اهل المنزل بان كانت تسكن بكرا او كان زوجها غايبا ولا تقدر على الاجرة والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا او بعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس الخروج قال ابراهيم النخعي وبه اخذ ابو حنيفة رحمه الله فيكون معناه الا ان يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي عليه السلام الا كافر او لا يوذي احدا الا ان يكون فاسقا وقيل هي الزنا ويخرجن لاقامة الحد عليهن قاله ابن مسعود رضي الله عنه وبه اخذ ابو يوسف رحمه الله وقال ابن عباس رضي الله عنهما هي نشوزها وان تكون بذية اللسان تبذو على احماء زوجها واما المتوفى عنها زوجها فواضح وقوله وقال صلى الله عليه وسلم للتي قتل زوجها هي فريعة بنت مالك بن ابي سنان اخت ابي سعيد الخدري رضي الله عنه لما قتل زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم استاذنت ان تعتد في اهلها خدرة لا في بيت زوجها فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها عليه السلام فقال لها اعيدي المسالة فاعادت فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب اجله يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك وفي هذا الحديث دليل على حكمين على انه يجب عليها ان تعتد في منزل الزوج وعلى ان الخروج ببعض النهار لقضاء حوائجها جايز فانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء ... والاولى ان تخرج هو وبينها لان مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب اولى ... وان ضاق عليهم المنزل فلتخرج يشير الى ان ضيق المنزل من جملة الاعذار فاذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا خرجت لعذر فان التعيين اليها لاستبدادها في امر السكنى وقوله واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها هذه المسالة على وجوه فانه لا يخلو اما ان يكون بينها وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام او ثلاثة ايام فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها سواء كان بينها وبين مقصدها ثلاثة ايام او دونها اما اذا كان ثلاثة ايام فظاهر لان المضي الى مقصدها يكون سفرا والرجوع لا يكون واما اذا كان اقل منها فلانها اذا رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين عليها وان كان الثاني فلا يخلوا اما ان يكون بينها وبين المقصد ايضا ثلاثة ايام او اقل فان كان ثلاثة ايام فهي بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت سواء كان معها ولي او لم يكن لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج لان موضع المسالة في الخروج الى مكة وغالب طرقها مفازة ومعطش فلا بد من الخروج وقيل ينبغي ان تختار اقرب الجانبين وهي في هذه المسالة كالتي اسلمت في دار الحرب لها ان تهاجر بغير محرم لانها خايفة على نفسها ودينها فهذه في المفازة كذلك وقال المصنف رحمه الله الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج وان كان اقل مضت الى مقصدها لانها اذا مضت لا تكون منشية سفرا ولا مسافرة في العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشية سفرا فلهذا امضت الى مقصدها ولم يذكر المصنف في الكتاب هذا الشق اعتمادا على انه يفهم من الشق الاول لانه اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان احدهما اقل تعين ... الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر ستبينه من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعني ان لها الخيار في ذلك الا اذا كانت المفارقة في مصر فليس لها ان تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان معها محرم فلا باس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة وان الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا ارتفع الحرج عادت مباحا ... وهذا عذر اشارة الى نكتة اخرى وهي ان التربص على المعتدة في منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره واذى الغربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولابي حنيفة رحمه الله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكره في الكتاب وهو واضح والله اعلم

باب ثبوت النسب

لما فرغ من ذكر انواع المعتدات من ذوات الاقراء والاشهر والاحمال وما هو ثبوت النسب في هذا الباب ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت لستة اشهر من يوم تزوجها اي من وقت تزوجها لان اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت نعلي من غير زيادة ولا نقصان فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق قبله اي قبل الطلاق في حالة النكاح فان قيل هذا النكاح لا يتصور فيه الوطء والا علاق لانه كما تزوج وقع الطلاق وبدون ذلك لا يثبت النسب الا ترى ان نسب ولد جاءت به امراة الصبي لا يثبت بذلك اجاب بقوله والتصور ثابت بان يجعل كانه تزوجها وهو على بطنها يطاها والناس يسمعون كلامهما فيكون الانزال فذو افق بتمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد

تمام

تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم اجاب بقوله والنسب يحتاط في اثباته يعني وان كان نادرا لكن النسب يحتاط في اثباته فيجب بناؤه على هذا النادر هذا اذا جاءت به لستة اشهر من غير زيادة ولا نقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لان علوقه كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه ولا كذلك ان ولدت لاكثر منها لانه حين طلقت حكمنا بانه لا عدة لها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن بطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج اخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فبعد ذلك اما ان يكون منه او من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح من زوج اخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجايز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلما ذكره في الكتاب وهو واضح وفي رواية عن ابي يوسف وهو القياس يلزمه المهر ونصف مهر اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول وقوله ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ظاهر وقوله ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك قيل عليه ينبغي ان يصير مراجعا لان الوطء هنا حلال في حمل العلوق الى اقرب الاوقات وهي حالة العدة فتثبت به المراجعة واجيب بان في ذلك حمل امره على خلاف السنة لانه يصير مراجعا بدون الاشهاد بالفعل فحمل العلوق الى ما قبل الطلاق صيانة لحاله وفيه نظر لانه لا يصح حينيذ قوله فلا يصير مراجعا بالشك والجواب ان يقول لا يصير مراجعا لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق وقوله لان العلوق بعد الطلاق اذ الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين والظاهر انه منه والا لزم الزنا وهو منتف حملا لها على الصلاح قيل لا يلزم انه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز انها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجا اخر لا يقال الغرض فيما اذا لم يتزوج لانا نقول الغرض انه لم يطاها في العدة او لو وطيها لثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكليف واجيب بانه نعم كذلك الا ان الحكم بابقاء نكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم بانشاء نكاح اخر فيجب القول به قال في النهاية الى هذا اشار فخر الاسلام في مبسوطه وفيه نظر لانه ... غير دافع بل هو التزام للسوال والصواب في الجواب ان المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد فان الزنا ملزوم لتضييع الولد فيكون ذكر الملزوم وارادة اللازم وهو مجاز وحينيذ يندفع السوال لانا اذا جعلنا الولد من نكاح خفي اخر مجهول نفي الولد ضايعا فكانه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا او بما في معناه وفيه قال ... والمبتوتة تثبت نسب ولدها منه اذا ولدت المبتوتة لاقل من سنتين يثبت نسبه منه لاحتمال ان يكون من وقت الفرقة لم يجب الولد قايما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق والا لزم ازدياد اكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل فلا يكون منه لان وطيها حرام وقوله الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت يعني انه اذا ادعاه ثبت النسب منه وان جاءت به لاكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المراة فيه روايتان وقوله لانه التزمه اي التزم النسب عند دعواه وله وجه شرعي بان وطيها بشبهة في العدة والنسب يحتاط في اثباته فيثبت فان كانت المبتوتة صغيرة تجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى ياتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان يكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة وبيان الاحتمال ما قيل ان الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل ان يكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ويحتمل انها حبلت بعد انقضاء العدة لانها اذا اقرت لانها اذا اقرت بانقضاء العدة بثلاثة اشهر ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان اقرارها فصار كانها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر لانا عرفناها صغيرة بيقين وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال فيه تنبيه بحكم الشرع بالانقضاء اقرت به او لم تقر وهو اي حكم الشرع في الدلالة فوق اقرارها لانه يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله فلو اقرت بالانقضاء ثم ولدت لستة اشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي مضي اربعة اشهر وعشر ما لم يكن الحبل ظاهرا ثم هناك يثبت النسب الى سنتين عند علماينا الثلاثة ولا يحكم بالانقضاء بالاشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع فيما كنا فيه لم يكن كذلك والجواب انه سياتي عند قوله الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وان كانت الصغيرة مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعني ان ولدت لاقل من تسعة اشهر ثبت النسب والا فلا وعند ابي يوسف يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطيا في اخر العدة وهي الثلاثة اشهر ثم تاتي به لاكثر

مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لانها اعرف بامر
عدتها فيحكم باقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لاقل من سنتين في الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين شهرا في الرجعي
قوله ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله الا ان تقول لا تنقضي عدتها جهة اخرى حاصله ان في كل من الحامل
والصغيرة امضينا الحكم على الاصل ولكن الاصل في الموضعين قد اختلف الحكم الذي بني عليه ايضا وذلك لان الاصل
في الكبيرة الاحبال المعتبر في حقها تعين جهة العدة بالاشهر والاصل في الصغيرة عدم الاحبال فلذلك اعتبرنا في حقها تعين
جهة العدة بالاشهر لانها الاصل في الكبيرة ايضا عدم الاحبال لانا نقول ذلك في حق غير المنكوحة فاما النكاح فلا يعقد الا
للاحبال قوله وفيه اي في البلوغ شك والصغر كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء
عدتها ثم جاءت بولد ظاهر قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله واذا اعترفت المعتدة بانقضاء حيث لم يقيد بمعتدة
دون اخرى يتناول كل معتدة يعني بسبب طلاق رجعي او بائن بالاشهر او بالحيض قيل ذكر المرغيناني وقاضي خان ان الايسة
لو اقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يثبت النسب فلم يتناول كل معتدة الا اذا ولكل معتدة غير
الايسة وهذا مخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير ان الايسة اذا اقرت بانقضاء العدة
معناه انقضائه بثلاثة اشهر او مطلقا في مدة تصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب
والا فلا قال ــــ واذا ولدت المعتدة ولدا اذا ولدت المعتدة من طلاق بائن او رجعي ولدا وقد انكره الزوج
لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله ما لم يشهد بولادتها رجلان او رجل وامراتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف
من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة وقالا يثبت في جميع ذلك بشهادة امراة واحدة لان الفراش قائم وهو تعيين
المراة للزوج بحيث يثبت منها نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة وهو اي قيام الفراش ملزم للنسب فلا
حاجة الى اثباته وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يحصل بشهادة امراة واحدة كما في حال قيام النكاح او ظهور
الحبل او اقرار الزوج ولابي حنيفة رحمه الله القول بالموجب يعني سلمنا ان الفراش يكون قائما بقيام العدة الموجبة
ولكن العدة ههنا ليست بقائمة لانها تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي لا يصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب
ابتداء بالحجة فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان النكاح قائما او الحبل ظاهرا او الاعتراف به من الزوج صادرا
لان النسب اذ ذاك ثابت قبل الولادة فلا يحتاج الى اثباته وانما الحاجة الى التعيين وذلك يثبت بشهادتها قيل
لا يحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال فاجيب بان النظر لا يلزم بل اذا دخلت بيتا وبين
الشهود وهم يعلمون ان ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز اداء الشهادة واذا ولدت المعتدة عن وفاة
قبل تمام سنتين ولدا فصدقها اي اقر به جميع الورثة او جماعة منهم تقطع الحكم بشهادتهم كرجلين او رجل وامراتين
منهم فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم واما في حق النسب كنسبته
الى غيرهم فهل يثبت اولا قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة كما ذكرنا وهم عدول يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط
لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما يثبت تبعا لا تراعى فيه الشرائط
كالعبد مع المولى او الجندي مع السلطان في حق الاقامة قوله واذا تزوج الرجل امراة ظاهر وقوله واللعان
انما يجب بالقذف جواب عما يقال اللعان ههنا انما يجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا
بشهادة القابلة وهو لا يجوز لان اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء ووجهه ان اللعان يجب بالقذف
والقذف موجود لان قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنى والقذف لا يستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم
يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وان اضيف اللعان الى القذف مجردا عنه فان ولدت المراة ثم اختلفا فقال
الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من
نكاح لا من سفاح واعترض بوجهين احدهما ان المراة تسند العلوق الى زمان سابق والزوج ينكره فيكون
القول قوله والثاني ان الظاهر شاهد له ايضا لان النكاح حادث والاصل في الحوادث ان تضاف الى اقرب
الاوقات واجيب عن الاول بانه معارض بان الزوج يدعي اسناد العلوق الى زمان يسبق النكاح وهي تنكر فيكون
القول قولها وعن الثاني بان النسب مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على ان الظاهر
حالها يتايد بظاهر حاله من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى فاسد وهل يحرم على الزوج بهذا الكلام
ينبغي ان لا يحرم فان قيل وجب ان يحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه وهي حبلى فصار كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود
اجيب بالفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز ان يكون
الحمل من الزنا والثاني انه اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه في ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا
قابله تكذيب من جهة الشرع بطل قوله ولم يذكر الاستحلاف وهو على الخلاف يعني الاختلاف المذكور في
الاشياء الستة قوله واذا قال لامراته اذا ولدت فانت طالق ظاهر وقوله فيما يبتني عليها وهو الطلاق يعني
ان

ان الطلاق حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة في اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شيء يثبت
ضمنا ولا يثبت قصدا ولابي حنيفة رحمه الله ان دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها وانما
دعواها حنثه في يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت الا بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا
يمكن اثباته بشهادتها ضمنا لان شهادتها ضرورية في حق الولادة لعدم حضور الرجال عندها فلا يظهر في حق الطلاق
لانه ينفك عنها ولقائل ان يقول كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشيء لازم من لوازمه والولادة تثبت
بشهادتها والشيء اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه قوله وان كان الزوج قد اقر بالحبل يعني ان الزوج اذا اقر بالحبل ثم
علق طلاقها بالولادة فقالت المراة ولدت وكذبها الزوج فان الطلاق يقع عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وعلى هذا
الاختلاف اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما انها ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على ما
بيناه في المسالة الاولى وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه الحبل وهو الولادة ولان اقراره بحبلها اقرار بكونها مؤتمنة
والقول قول المؤتمن في دعوى رد الامانة وهذا يرشدك الى ان وجود الشرط انما يستلزم وجود الجزاء عنده اذا
كان وجود الشرط بدليل يمكن ان يكون دليلا على الجزاء عند انفراده عن الشرط والاقرار كذلك بخلاف شهادة القابلة
في المسالة الاولى فتلمح منه جواب الاعتراض هناك قال ــــ واكثر مدة الحمل سنتان اكثر مدة الحمل سنتان لقول
عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل اي بقدر مكث ظل مغزل حالة الدوران
والفرض تقليل المدة فان ظل المغزل حالة الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال وفي رواية المبسوط والايضاح
وبعض نسخ الكتاب ولو بفلكة مغزل اي ولو بقدر فلكة مغزل والمعنى ما هو في الرواية الاولى والظاهر ان عائشة
رضي الله عنها قالته سماعا لان العقل لا يهتدي الى معرفة المقادير فانا قدمنا بيان اكثر المدة على اقلها اهتماما بذكره
لكونه مختلفا فيه واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين
فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل الا ستة اشهر قدرا عثمان رضي الله عنه عنها الحد واثبت النسب
من الزوج قال صاحب النهاية وهذا التقدير الذي ذكره هنا في تاويل الاية مخالف لما ذكره في الرضاع من
هذا الكتاب لانه جعل هناك ثلاثين شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصال ثم اظهر المنقص في حق الحمل وههنا
جعلها مدتهما جميعا ثم اصاب منها للفصال عامان بقوله وفصاله في عامين ومن ضرورته ان يبقى للحمل ستة اشهر
واجيب بان استدلاله هناك انما كان بالنظر الى الاية الاولى وههنا بالنظر اليها والى الاخرى وجاز ان يكون الاية
نظرا الى ذاتها مفيدة لحكم وبالنظر اليها والى الاخرى مفيدة لحكم اخر فتامل وقال الشافعي رحمه الله يقدر الاكثر
باربع سنين واحتج على ذلك بحكايات مثل ان محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عقبة بقي في بطن امه اربع
سنين وكذلك هرم بن حيان فسمي هرما لذلك والضحاك بن مزاحم كذا فسمي ضحاكا لانه ضحك حين ولد وغيرهم والحجة
عليه ما روينا عن عائشة رضي الله عنها والظاهر انها قالته سماعا لان العقل لا يهتدي اليه اي الى مقدار مدة بقاء الحمل
قوله ومن تزوج امة فطلقها يعني بعد الدخول ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها
لزمه والا فلا لانه في الوجه الاول يعني اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر ولد المعتدة فان العلوق سابق
على الشراء لانها ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش
حكما وفي الوجه الثاني يعني اذا جاءت به لستة اشهر او اكثر من وقت الشراء ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب
الاوقات واقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت الا بالدعوة قال المصنف رحمه الله هذا اذا كان الطلاق بائنا او
خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف
العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء لان الامة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين فلا يحل له بملك اليمين واذا لم يحل لا
يضاف العلوق الى اقرب الاوقات بل الى ابعدها حملا لامور المسلمين على الصلاح وابعد الازمان هو ما قبل
الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق واما اذا كان الطلاق واحدا فيحل له وطيها
بملك اليمين فيضاف الولد الى اقرب الاوقات فحينئذ كان ولد الامة فلا يثبت نسبه بغير دعوة فان قيل وجب ان
ينكشف الحرمة بملك اليمين وان كانت الحرمة غليظة تمسكا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم
او ما ملكت ايمانهم اجيب بانه وجب ان لا ينكشف تمسكا بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره والطلقة الثانية في الامة بمنزلة الثالثة في الحرائر والمحرم اقوى ومن قال لامته ان كان في بطنك حمل فهو
مني فشهدت امراة على الولادة فهي ام ولده لان سبب ثبوت النسب وهو الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو مني
وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت
الاقرار فان ولدت لستة اشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى
مدعيا هذا الولد بخلاف الاول فانا تيقنا ثمة بقيام الولد في البطن وقت القول فصحت الدعوى قوله ومن قال

لغلام هو ابي طاهر واعترض بانه ينبغي ان لايكون لها الميراث في الاستحسان ايضا لان هذا النكاح ثبت اقتضا فيثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الارث واجيب بان النكاح علينا هو الاصل لبنى لمتنوع الي نكاح هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح هو ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضا ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا وانما قال على ما هو الاصل ليلا يرد نكاح الكتابية والامة فانهما من العوارض ورد بان لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضا لان المقتضي انما يثبت لتصحيح المقتضي لا محالة والمقتضي هنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضي وهو النكاح بان يكون عن وطي بشبهة او يكون الولد ولد ام او لولد فلم يقتضي ثبوت النسب الي النكاح لا محالة وهذا السوال فاسد لانه من عدم فهم وجه الاستحسان فانه قال فيه المسيلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية فلا يمكن ان يكون ام ولد وقال والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وصفا وعادة وحينئذ لا يكون عن وطي بشبهة وهو ظاهر باب الولد من احق به مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهره لا يحتاج الي بيان واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة جاءت الي النبي صلي الله عليه وسلم وقالت ان ولدي هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقا وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال النبي صلي الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق عليه لزيادة اتصالها حيث يتقص منها بالمقص واقدر علي الحضانة بلزومها البيت فكان للتفويض اليها زيادة مرحمة لمن هو منظمها واليه اشار ابو بكر الصديق رضي الله عنه روي ان عمر رضي الله عنه خاصم ام عاصم بين يدي ابي بكر رضي الله عنه لينزع العاصم منها فقال له ابو بكر رضي الله عنه دعها ريحها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله والصحابة حاضرون متوافرون ولم ينكره احد والنفقة علي الاب علي ما يجي ولا يجبر الام عليه اي علي اخذ الولد اذا ابت او لم تطلب علي ما ذكر الا ان لا يكون للولد ذو رحم محرم سوي الام فيجبر علي حضانته ليلا يفوت حق الولد لان الاجنبية لا شفقة لها عليه فان لم يكن له ام بان ماتت او تزوجت باجنبي فانها كالمعدومة حينيذ فام الام وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن لمن كانت تدلي اليه بام فهي اولي ممن تدلي باب ويستوي في ذلك المسلمة والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين علي ما قيل كل شي يحب ولده حتي الحباري فان لم يكن له ام الام بالتفسير المار فام الاب اولي من الاخوات لانها من الامهات وهذه الاموة ولهذا اي ولكون الجدة من الامهات تحرز ميراث الامهات السدس ولانها اوفر شفقة للولاد اي لاجل الولاد فان لم يكن جدة فالاخوات اولي من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وهذه رواية كتاب النكاح اعتبارا بقرب القرابة والاخت اقرب لانها من ولد الاب والخالة ولد الجد وقال في كتاب الطلاق الخالة اولي من الاخت لاب اعتبارا بالمدلي به فان الخالة تدلي بالام وقد تايد ذلك بقوله صلي الله عليه وسلم الخالة والدة وقد قيل في تفسير قوله تعالي ورفع ابويه علي العرش انها كانت خالته عليه السلام وقوله وتقدم الاخت لاب وام ظاهر ومعناه ان ذات قرابتين تترجح علي ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة قال في النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق الاتري ان الاخ لاب وام مقدم في العصوبة علي الاخ لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بانفرادها كذا في المبسوط والجامع الصغير لقاضي خان وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب الاستحقاق العصوبة بها اصلا بخلاف قرابة الاب في استحقاق الحضانة فان لها ذلك عند عدم قرابة الام فافترقا وكل من تزوجت منهن يسقط حقها فيها اذا تزوجت لما روينا من قوله صلي الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان حق الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند التزوج لان زوج الام يعطيه نزرا اي قليلا وينظر اليه شزرا اي نظر المبغض فلا نظر الا اذا كان الاجده اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر اليه وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد كالعم اذا تزوج بام الولد لقيام الشفقة نظرا الي القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج تعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه في باب الميراث وولاية النكاح فان اجتمع اخوة لاب وام فاصلحهم دينا وورعا احق به لان ضمه اليه انفع لانه يتخلق باخلاقه فان تساووا فاكبرهم سنا احق به لان حقه اسبق ثبوتا فعند التعارض يترجح به كذا في المبسوط غير ان الصغيرة لا تدفع الي غير عصبة غير محرم كمولي العتاقة وكمولي ابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل يدفع الي الخال تحرزا عن الفتنة كذا روي عن محمد رحمه الله وذكر الامام التمرتاشي فان لم يكن لها احد من العصبة يدفع الي الاخ لام عند ابي حنيفة رحمه الله ثم الي ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد رضي الله عنه لا حق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع الي ثقة تحضنه قوله والام والجدة احق بالغلام واضح وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي ذكر ان المعني واحد وهو ظاهر قوله اعتبارا للغالب يعني ان الصبي في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغني

عن

عن الحضانة والتربية فحينيذ يستنجي وحده وقوله يحتاج الي معرفة اداب الرجال كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها والمراة علي ذلك اقدر من الرجال وبعد البلوغ يحتاج الي التحصين بالتزويج وولاية التزويج الي الاب والي الحفظ عن وقوع الفتنة والاب فيه اقوي واهدي لان بالرجال الغيرة ما ليس بالنسا فيتمكن الاب من حفظها علي وجه لا يتمكن الام من ذلك وروي هشام عن محمد انها اذا بلغت حد الشهوة تدفع الي الاب لتحقق الحاجة الي الصيانة وحد الشهوة ان تبلغ احد عشرة سنة في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه ابو الليث حد الشهوة ان تبلغ تسع سنين وقيل اذا بلغت ست سنين او سبع او ثمان ان كانت عبلة ومن سوي الام والجدة يعني اذا كانت الصغيرة عند الاخوات او الخالات او العمات فانها تترك عندهن الي حد تشتهي علي رواية القدوري وحتي تستغني علي رواية الجامع تاكل وحدها وتلبس وحدها لانها وان كانت تحتاج الي اداب النسا لكن فيه نوع استخدام للصغيرة وليس لغير الام والجدة ولاية الاستخدام ولهذا لا تواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم بخلاف الام والجدة لقدرتها علي الاستخدام شرعا والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولي والذمية احق بولدها المسلم بان كان ولدها من زوجها مسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف بالدفع علي الاستيناف وبالجزم عطفا علي تعقل اي الي ان يخاف الكفر لان الدفع اليها قبل ذلك نظر للصبي وبعده يحتمل الضرر بتنقاش احوال الكفر في ذهنه ولا خيار للغلام والجارية يعني بين الابوين وقال الشافعي لهما ذلك اذا بلغ سن التمييز الي الذي ما اختاره فان اختار الاب لا يمنع من الزيارة وان اختار الام فعلي الاب مراعاته وتسليمه الي المكتب والحرفة لان النبي صلي الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين روي رافع بن سنان رضي الله عنه انه اسلم وابت امراته ان تسلم فاتت النبي صلي الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم اقعد ناحيه وقال لها اقعدي ناحيه فاقعد الصبيه بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبيه الي امها فقال النبي صلي الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الي ابيها فاخذها ولنا ان الصغير لقصور عقله يختار من عنده الدعة اي الحفظ والراحة وكلامه واضح ولكن قوله او يحمل علي ما اذا كان بالغا فيه نظر لان المذكور في القصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله علي ما اذا كان بالغا والجواب ان المصنف قال خير ولم يقل غلاما ولا غيره ليتناول ما روينا وما روي انه صلي الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين من غير ذكر ما يدل علي الصغر فاول المصنف الاول بقوله قلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده والثاني بقوله او يحمل علي ما اذا كان بالغا فصل لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما تفعله من الاخراج الي القري وغيرها في فصل علي حدة واذا ارادت المطلقة بعد انقضا العدة ان تخرج من المصر فذلك علي اربعة اقسام اما ان تخرج الي وطنها وقد وقع العقد فيه واما ان تخرج الي ما ليس وطنها ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الي ما ليس وطنها وقد وقع العقد فيه ولم يقع العقد فيه في الاقسام العقلية فانه انتفي الامران جميعا بان تخرج الي وطنها وقد وقع العقد فيه جاز والا فلا كما ذكر في الكتاب قوله لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا دليل المستثني قوله ولهذا يصير الحربي اي الشخص الحربي ذكرا كان او انثي به اي بالتزوج في بلده ذميا قال في النهاية وهذا وقع غلطا لان المصنف ذكر في السير وذكر ايضا في سير شرح الكتاب اذا تزوج المستامن ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع واجيب بان الضمير في به راجع الي التزام المقام وفيه نظر لانه يؤول الي ان يقال انه بالتزوج في بلد التزم المقام وبالتزام المقام يصير الحربي ذميا ولم يلزم منه انه بالتزوج في بلد يصير الحربي ذميا فعاد المحظور وان لم يجعل متعلقا بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقي له اتصال بمحل البحث ولا يليق ذلك بمثل المصنف رحمه الله وغير بعضهم لفظ الحربي الي الحربية وجوز ان يقال لا حاجة اي تغيير اللفظ لجواز ان يكون الحربي صفة للشخص كما قررنا في اول البحث وحينئذ يراد به الحربية ولكن ذكره بتاويل الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطا الي كونه ملبسا ومنهم من حمل هذا من باب القياس والاستحسان فجعل ما ذكر هنا وجه القياس لان التزوج في بلده يصلح دليلا علي التزام المقام فيه شرعا وعرفا لا سيما اذا كانت المراة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة وما ذكره في السير وجه الاستحسان لان التزوج وان صلح دليلا علي التزام المقام لتزوج الحربية الذمي الا ان يعترض الحرية الموجب للذل والصغار مانع ورد بان هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يحسن بناء الجواب عليه ذلك واجاب شيخي شيخ العلامة عبد العزيز بانه لما وجد معني القياس والاستحسان لا وجه الي المنع من اطلاق الاسم عليهما واقول ان ثبت في الحربي يتزوج في بلد المسلمين انه لا يصير به ذميا روايتان صح استخراج وجه القياس والاستحسان والا فلا وقوله في الكتاب يريد به القدوري ووجه كلامه في القدوري والجامع الصغير ما ذكره في الكتاب وهو واضح واما في عكس هذه المسئلة وهو ان تخرج الي وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها ان تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات واما القسم الاخر وهو ما لا يكون وطنها ولا ما وقع العقد فيه فقد اختصر عن ذكره لظهوره من الاقسام الباقية وقوله والحاصل ظاهر مما ذكرنا قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين لا بد من وصف اخر هو شرط فيه ايضا وهو ان لا ينتقل الي دار الحرب وان كانت وطنها ووقع العقد فيها وفيه

كل من تجاوج عطفا نهم ذكرنا يسقط حقها

ان تبلغ م

واما ان تخرج الي وطنها ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الي غيره وطنها وقد وقع العقد فيه

ذكر به

نظرا لان الحربية بالتزوج في دار الاسلام تصير ذمية فانى يتبين لها الانتقال اليها والجواب ان المراد مسلم عقد على مسلمة
في وطيا دار الحرب ثم خرجا الينا ووقعت الفرقة بينهما وارادت الرجوع في دار الحرب بولدها لم يكن من ذلك وان وجد
الامران جميعا والباقي ظاهر باب النفقة لما فرغ من بيان ما يحق حضانة الولد ومن له الحضانة احتاج الى
بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج اليه من السكنى وغيره والنفقة اسم بمعنى الانفاق وهو عبارة عن
الادرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه ونفقة الشخص على غيره تجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك
وفتح الباب بنفقة الزوجات لان الزوجية اصل النسب فتقدم عليه والنسب اقوى من الملك لان النفقة على الولد
كالانفاق على نفسه لكونه جزءا منه وكذا على الوالدين النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت
نفسها الى منزله قال في النهاية هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد
صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج الا ترى ان الزوج لو لم يطلب انتقالها الى بيته كان لها
ان تطالبه بالنفقة قال في الايضاح وهذا لان النفقة حق المراة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة
فقد ترك حقه وهذا لا يوجب سقوط حقها والاصل في ذلك اي في وجوب النفقة قوله تعالى لينفق ذو سعة
من سعته امر بالانفاق والامر للوجوب وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف اي بالوسط
وقال الزجاج في تفسيره بما تعرفونه انه العدل على قدر الامكان وكلمة على للوجوب وقوله صلى الله عليه وسلم
في حجة الوداع استوصوا بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله
وان لكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا وان لا ياذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير
مبرح وان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت
نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات ونوقض بالرهن فانه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق
ونفقته ليست عليه بل على الراهن واجيب بان الرهن محبوس لحق الراهن ايضا وهو كونه موفيا عند الهلاك فلهذا
لم تجب النفقة على المرتهن وهذه الدلائل يعني التي ذكرنا من الكتاب والسنة لا فصل فيها فتستوي المسلمة والكافرة ويعتبر في
ذلك حالهما هذا لفظ القدوري قال المصنف رحمه الله وهذا اي اعتبار حالهما في ذلك اختيار الخصاف وعليه الفتوى
وتفسيره اي تفسير قول الخصاف وهو على اربعة اقسام قسمة عقلية اما ان يكونا موسرين او معسرين او الزوج موسرا
والزوجة معسرة او بالعكس من ذلك ففي الاول يجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة الاعسار وفي الثالث نفقتها دون
نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج ياكل الحلوا او اللحم المشوي والباجات والمراة كانت تاكل في بيتها
خبز الشعير لا يؤخذ الزوج بان يطعمها ما ياكل بنفسه ولا ما كانت المراة تاكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك يطعمها
خبز البر وباجة او باجتين ولم يذكر المصنف القسم الرابع لانه يعلم من القسم الثالث فان الخصاف ذكر في كتابه تفرض
لها نفقة صالحة يعني وسطا فيقال له تكلف ان تطعمها خبز البر وباجة او باجتين كيلا يلحقها الضرر ولم يزد عليها في القسم
الثالث من توسط الحال وقال وفي ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين
فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله وهو ظاهر
الرواية عن اصحابنا رحمهم الله والدليل عليه قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه
الله اعتبر حال الرجل في الحالين جميعا وامره بالانفاق فلا يصير الى غيره ووجه الاول يعني قول الخصاف في اعتبار
حالهما قوله صلى الله عليه وسلم لهند امراة ابي سفيان روى البخاري باسناده الى عائشة رضي الله عنها ان هند
بنت عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم
فقال عليه السلام خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف واعتبر حالها ولقايل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعى لان المدعى
هو الاعتبار بحالهما والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بان المحتاج اليه هو بيان اعتبار
حالها واما اعتبار حاله فالاية تدل عليه والخصم يقول به فان الاية تدل على اعتبار حاله والحديث يدل على اعتبار حالها
فوجب الجمع بينهما بان يكون حاله معتبرا وحالها معتبرا لذلك فان قيل هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض
الاية لكونه من الاحاد فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فتكون
المعارضة حينئذ بين الايتين فيجمع بينهما قال المصنف اختيارا منه لقول الخصاف وهو اي اعتبار حالهما هو
الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة يعني على نفقة
تنظر الى حال الزوج واجاب عن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته بقوله ونحن نقول يوجب النفقة فانه مخاطب
ان ينفق بقدر وسعه كيلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع لكنه ان زاد كفايتها على ما وسعه يكون الباقي دينا في ذمته عملا
بالدليلين كاملا ولا نؤديه مع العجز قوله ومعنى قوله بالمعروف الوسط اشارة الى ما قدمنا انه تفسير قوله وكسوتهن
بالمعروف الوسط ليكون جوابا عن قول الخصم انه تعالى قال وعلى المولود له رزقهن اعتبر الرجل وقال بالمعروف

اشارة

اشارة الى ان الايراد على ما في وسعه ان كانت حاله يقتضيه ووجه كونه جوابا انه اذا كان معتبرا بالوسط فالوسط
هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المراة هو الواجب وقوله وبه اي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال زوجك
ما يكفيك تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد
ونصف لان ما وجب كفاية لا يتقدر في نفسه شرعا لانه مما يختلف فيه احوال - الشباب والهرم وبحسب الاوقات
والاماكن ففي التقدير قد يكون اضرارا قال وان امتنعت من تسليم نفسها ان امتنعت المراة من
تسليم نفسها قبل الدخول او بعده على قول ابي حنيفة رحمه الله فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان تطلب المهر
المعجل اولا فان كان الاول فلها النفقة لان كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها فمطالبة احدهما لا تسقط الاخر وان
كان الثاني فهي ناشزة لان الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك واما قيل الخارجة
من منزل الزوج لانها اذا كانت ساكنة معه فالظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا او كرها
فلا تبطل النفقة فان كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهي بمنزلة الخارجة من بيته
واذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس
فتجب النفقة فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها عنها
والجواب انا لا نسلم انها لم تفصل لانه تعالى قال وعلى المولود له وذلك قد يشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه
لا تتصور قوله بخلاف ما اذا امتنعت متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها قوله وان كانت صغيرة لا يستمتع
بها اي توطا فلا نفقة لها سواء كانت في منزل الزوج او لم تكن حتى تصير الى الحالة التي تطيق الجماع لان امتناع
الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة هو ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح وهو
الجماع او دواعيه ولم يوجد لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهاة واستشكل بالرتقاء
والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فايت ولهن النفقة واجيب بان الدواعي متحققة فيهن بان
يجامعهن تفخيذا او غيره بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى انهم قالوا ان كانت الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها فيما
دون الفرج تجب النفقة وقال الشافعي رحمه الله لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين
وهذا الوجوب بسبب الحاجة والكبير والصغير فيها سواء كالمملوكة ولنا ان المهر عوض عن الملك لان العوض
هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة فاذا كان المهر عوضا لا تكون النفقة
عوضا لئلا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة قوله وان كان الزوج صغيرا بيان
ذكر العجز من جانبه وهو ظاهر ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بان كانا صغيرين لا يطيقان الجماع فلو اعتبر
جانب الصغير وجبت كما في الكبيرة ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة والزوج كبير قال في
الذخيرة لا نفقة لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها واكثر ما في الباب ان يجعل المانع من قبله كالمعدوم فالمنع من
قبلها قايم ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب قوله واذا
احتبست فلها هو قوله والفتوى على الاول يعني على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة للمحبوسة فيما مضى
وقوله لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته
فاذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا اما اذا كان الفوات لا لمعنى من جهته فلا يمكن ان يجعل
ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا تجب النفقة قوله واذا حجت مع محرم يعني بدون الزوج لا تجب
النفقة لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر وكلامه واضح
لما قلنا اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه قوله فان مرضت في منزل الزوج على ما ذكره في الكتاب ظاهر
وهو الموعود بقوله هذا الخلاف المرضية على ما نبين قوله وفي لفظ الكتاب يعني القدوري ما يشير اليه
وهو قوله فان مرضت في منزل الزوج فانه يشير الى انها سلمت نفسها الى منزل الزوج ثم مرضت فيه قوله
وتفرض على الزوج النفقة لما كان قوله وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله والمراد
بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجه وجوبها واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة على الزوج فمنهم من قال
المملوك لها حتى لو كانت حرة او لم تكن مملوكة لها لا تستحق وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها نفقة الخادم انما
هو باعتبار ملكها الخادم فان لم يكن لها خادم لا تستوجبه كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت
المال ومنهم من قال كل من يخدمها حرة كانت او مملوكة لها او لغيرها تستحق قوله ولا يفرض لاكثر من خادم واحد
ظاهر وقوله وقالوا يعني المشايخ ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم واليسار هنا مقدر بنصاب حرمان
الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة قوله وهو ادنى الكفاية يعني بعض نفقة الخادم عن نفقتها لكن في حق
الادام دون الخبز فاعلى الادام اللحم واوسطه الزيت وادناه الملح او اللبن قوله خلافا لما قاله محمد يعني ما قاله

بعد ان الزوج اذا كان معسرا او كان لها خادم يجب عليه نفقته لانه اذا كان لها خادم فلانه المراة لم تكتف بخدمة نفسها
فيجب عليه النفقة كما لو كان موسرا قوله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية دليل الاصح ومن اعسر بنفقة امراته
لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه اي اشتري الطعام نسيئة على ان تقضي الثمن من مال الزوج وقال الشافعي
يفرق لانه عجز عن الامساك بمعروف فيلزمه التسريح باحسان فان لم ينب القاضي منابه كما في الجب والعنة بل اولى
لان الحاجة الى النفقة اقوى منها من الجماع لان انقطاع الاول مدة مهلك دون الثاني وهذا التفريق عنده فسخ
لا طلاق ولنا ان حقه يبطل بالتفريق اي لا يحصل اليه الا بسبب جديد وحقها يتاخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي
فيستوفى في الزمان الثاني والاول اقوى فيتحمل ادنى الضررين لدفع الاعلى قوله وفوت المال وهو جواب
عن القياس على الجب والعنة وتقريره ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل وذلك لان العجز عن النفقة انما
يكون عن المال وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول الى المراة بسبب الجب او العنة انما يكون عن المقصود
بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع فان قيل
لا فائدة في الاذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة لها لانها صارت دينا بفرضه اجاب بان فائدة
الامر بالاستدانة انه مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج يعني من غير رضى الزوج فاما اذا كانت
الاستدانة بغير امر القاضي فكانت المطالبة عليها دون الزوج واعلم ان العجز عن النفقة انما يظهر عند
حضور الزوج واما اذا كان غايبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الامر الى الحاكم الشافعي ففرق بينهما
قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى في فصلين مجتهد فيهما في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضا
على الغايب مع العجز بالنفقة وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حال الغيبة
لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضا الى قاض فامضاه فالصحيح
انه لا ينفذ لان هذا القضا ليس في فصل مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار
ثم ايسر فخاصمته يتم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار قوله وما قضى به جواب
عما يقال ينبغي ان لا يتم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضا الاول وتقريره ما قضى به تقدير نفقة لم يجب
لان النفقة تجب شيا فشيا وتقديرها ليس بواجب لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه واذا لم يكن
لازما لم يستحكم فيه حكم القاضي فاذا انتدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتدا فرض نفقة الا
عسار على الموسر لان ما لا يكون لازما فلدوامه حكم الابتدا على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغيير ولو لك
حكم عكس هذه المسالة قوله واذا مضت مدة ظاهر وقوله على ما مر من قبل يريد قوله لان المهر عوض عن الملك ولا
يجتمع العوضان عن معوض واحد فان قيل ما تقدم يدل على انها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي ان يكون عوضا
عن الاستمتاع والقيام عليها قلنا نفيناه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا في ملكه
وذلك لا يوجب على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب اجيب بانها صلة من وجه وما هذا
شانه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انها صلة لا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضا كالهبة لا توجب الملك الا
بموكد وهو القبض والصلح في هذا بمنزلة القضا لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر متصل
بقوله وليست بعوض وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة وما كان امرها بالاستدانة عليه ومضت شهور
سقطت النفقة وكذلك اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلاة تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت
قبل القبض وانما قيدنا بقوله وما كان امرها بالاستدانة لانه اذا امرها بذلك لم تسقط بموت احدهما لان القاضي
لما امره بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليها ولو استدانت بنفسه لم يبطل بالموت فكذا اذا
استدانته بحكم القاضي فان قيل القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لانها قبل القبض غير موكده والنفقة بعد
القضا موكده ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بموكد جواز سقوط الموكد اجيب بان معنى الصلة فيها بعد القضا باق
كما كان قبله لان المعنى من الصلة ان يجب المال مقابله ما ليس بمال وهذه كذلك فقلنا بسقوطها بعد القضا بالموت
فالاولى الايضاح انها وان صارت دينا عليه ولكن معنى الصلة لم تبطل عنه والصلاة تبطل بالموت قبل القبض
قوله وقال الشافعي ظاهر قوله وجوابه قد بيناه اشاره الى ما تقدم من قوله ولنا ان المهر عوض عن الملك
ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضا عن البضع قال وان اسلفها نفقة السنة اي عجل لها
نفقة السنة ثم مات او ماتت قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشي في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وان كان قايما او قيمته ان كان مستهلكا وهو قول الشافعي وجه
كل من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح قوله لانه يسير فصار في حكم الحال يعني اذا اخذت النفقة الواجبة في
الحال لا تسترد بالموت فكذا لا تسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر قوله واذا تزوج العبد حرة ظاهر قال شمس الايمة
السرخسي

وقوله م

السرخسي كان بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى بيع ثانيا وليس في شي من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد
اخرى الا النفقة وهذا لان النفقة تتجدد وجودها بمضي الزمان فذلك في حكم دين حادث ولا كذلك ساير الديون
فلو مات العبد سقطت النفقة لا يؤاخذ المولى بشي لفوات محل الاستيفا وكذا اذا قتل قوله في الصحيح احتراز
عن قول الكرخي انها تكون في قيمته قال الشيخ ابو الحسن القدوري الصحيح ان تسقط لانها صلة والصلات
تسقط بالموت قبل القبض والقيمة انما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لا في دين يسقط به ولم يذكر المدبر
والمكاتب اذا تزوجا باذن المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب وان تزوج الحر امة فبوأها ظاهر قوله
فلا نفقة لها لعدم الاحتباس قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعا فكان كاحتباس الحرة لاجل صداقها
فينبغي ان لا يسقط واجيب بان الحرة اذا احبست نفسها لصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع
من ايفا ما لزمه فاما ههنا فالتفويت ليس من قبل الزوج قوله والتبوية غير لازمة على ما مر في النكاح اي في باب
جواب سوال تقديره لما بواها مرة يجب عليه ان يمضي على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام وتقرير الجواب
التبوية غير لازمة على ما مر في النكاح اي في باب نكاح الرقيق الا انه قال حيث اذا بواها ثم بدا له ان يستخدمها
كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوية كما لم يزل بالنكاح قوله ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان
يستخدمها ظاهر وام الولد في هذا اي في عدم وجوب النفقة والمدبرة كالامة ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت
باذن المولى هي كالحرة فلا يحتاج الى التبوية لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها لصيرورتها احق
بنفسها ومنافعها بعقد الكتابة وبهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة

فصل

لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى قال وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها
احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا
بالنفقة حيث قال اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراة بن مسعود اسكنوهن من حيث
سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم واذا اوجب السكنى حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيها لانها تتضرر
به فانها لا تامن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع وكلامه واضح قوله وهو
الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر واذا
غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف به وبالزوجية فطلبت الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال
نفقة زوجته وولده الصغار ووالديه وان لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضي ذلك فكذلك لانه لما اقر بالزوجية
والوديعة فقد اقر بان لها حق الاخذ لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه من حديث هند
امراة ابي سفيان واقرار صاحب اليد مقبول في نفسه لا سيما ههنا فان اقراره ههنا اشد قبولا من اقرار
صاحب اليد في غير هذا الموضع لتعين طريق اثبات الحق في اقراره لعدم اثباته بالبينة فانه لو انكر احد
الامرين من الزوجية والوديعة لا يقبل بينة المراة فيه اي في احد الامرين لان اقامتها انما كانت لاثباته
الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعة فالمراة ليست بخصم في اثبات حقوق الغايب
واذا اثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغايب لكونه ما اقر به ملكه وطولب بالفرق بين هذه المسالة
وبين ما اذا احضر صاحب الدين غريما للغايب او مودعا له وهما معترفان بثبوت دين المدعي على الغايب
فان القاضي لا يامر بقضا دينه من الوديعة والدين واجيب بان امر القاضي في حق الغايب انما هو
للنظر له في الامر بالانفاق على المراة ذلك ابقا لملكه وليس في قضا الدين نظر لان فيه قضا عليه بقول الغير
بازالة ملكه ثم اذا جاز للقاضي ان يامر المودع بالانفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه الذي
لا يحتمله اولى وكذلك اذا كان المال في يده مضاربه لانه امانه من وجه وكذا اذا كان دينا قوله وهذا اي ما
ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة اذا كان المال من جنس حقها في النفقة دراهم او دنانير او طعاما
او كان ثيابا من جنس حقها في الكسوة اما اذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج
الى البيع ولا يباع مال الغايب ههنا بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلا يباع على الحاضر لان البيع عليه انما
يكون بطريق الحجر والحجر على العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على الغايب بل بطريق الاولى واما عندهما
فان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع فلا يقضي على الغايب لعدم ذلك
قال ويأخذ منها كفيلا نظرا للغايب من عنده المال اذا اعترف به وبالزوجية نظرا القاضي فيحلفها
انها ما استوفت النفقة فاذا حلفت دفع اليها النفقة ويأخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة
على ايفا نفقتها فان انفق ذلك كان الزوج مخيرا في اخذ ايهما شا من المراة او الكفيل وكلامه واضح ولا يقضى
بنفقة في مال غايب الا لهولا يعني زوجة الغايب وولده الصغير ووالديه اما غيرهم من المحارم كالاخوة

ولو بوا الامه بعد الطلاق ولم يكن بواها
قبله فلا نفقة لها خلافا لزفر لانها صارت
مجبوله حقه فتستحق النفقة كالتام كانت
مستحقة عند الطلاق فلا تستحق بعد وان
بواها ثم استخدمها بعد يسقط نفقتها على المولى بوانها
بعد لا لان نفقة المملوك على
المالك (تكملة)

ان كان يقضي على الحاضر

والاخوات والاعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم فيه ووجه الفرق ما ذكره في الكتاب قوله لانه مجتهد فيه
قيل لان الشافعي لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين وفيه نظر سياتي قوله ولو لم يعلم القاضي
بذلك متصل بقوله وكذا اذا علم القاضي بذلك قوله ولو لم يكن الرجل مقرا به متصل بقوله يعترف
بالزوجية قوله فاقامة البينة على الزوجية يعني في الصورتين اذا كان ثمه وديعه ولكن ينكر الزوجية
او اقامها ليفرض القاضي نفقتها فيما اذا لم يخلف مالا ولم يعلم القاضي بالزوجية وكلامه ظاهر قوله في هذه
المسالة اقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها من تلك الاقاويل ما ذكره من قولهم اذا جحد المديون او المودع الزوجية
بينها والمال في يده فقد كان ابو حنيفة يقول اولا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا تقبل بينتها على النكاح
لتفرض النفقة على الغايب ويامرها بالاستدانة لم يجب اي شي من ذلك لان هذا اقضا على الغايب وهذا قول
ابو حنيفة الاخر وهو قولهما واما قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر يجيبها الى ذلك وهو المذكور في الكتاب وان
كان للغايب دين ووديعه وكل من المديون والمودع معترف بالدين والوديعة والنكاح فالقاضي يامر اولا بالانفاق
من الوديعة لان القاضي نصب نظرا ونظر الغايب في البداة بالوديعة لانها تحتمل الهلاك بخلاف الدين

فصل لما فرغ من النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما بعد المفارقة واذا طلق الرجل امراته
فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او باينا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة وهي التي طلقها الزوج ثلاثا
او طلقها بعوض وان كانت واحدة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قايم لا سيما عندنا فانه
يحل له الوطي كما تقدم واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس الى اخره رواه مسلم وابو داود والنسائي
والترمذي والنسائي وابن ماجه قوله لانا عرفناه اي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات
حمل فانفقوا عليهن والدليل على انه في المطلقات اخر الايه وهو قوله حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات
غير مغياة بوضع الحمل قوله صار كما اذا كانت حاملا اعترض عليه بان الحايل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة
لم يبق لتخصيص الحامل في النص فايده واجيب بان الفايده رفع الاشتباه وبيانه ان الحايل تستحق النفقة
ثلاثة قروء وكان يشتبه بان الحامل ايضا تستحق ذلك المقدار او زيادة فرفع ذلك وقال لها النفقة في جميع مدة
الحمل حتى تضعن حملهن قوله ولا ندع كتاب ربنا مريدا به بيان العلة والعقد الصحيح قوله تعالى اسكنوهن من
حيث سكنتم من وجدكم ووجه ذلك ان الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما يملك به اما الاسكان فانه
قد يملك الاسكان في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الانفاق من غير ملكه وكان تقديره والله اعلم ما تلاه ابن مسعود
وانفقوا عليهن من وجدكم قوله سنة نبينا يريد به قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم للمطلقة الثلاث
النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وهو زوج فاطمة الراويه
فان اسامة اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شي في يده وقالت عايشة تلك المراة فتنت العالم اي برواية
هذا الحديث قوله ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ظاهر قوله وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة
وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها انما لم تتعرض للسكنى لانها واجبة باي فرقة كانت لان القرار في البيت مستحق عليها
فلا تسقط بمعصيتها اما النفقة فواجبة لها فتسقط ذلك بمعصية من قبلها واما الردة فقد ذكر شيخ الاسلام في
مبسوطه وقال انما تسقط نفقة المرتدة اذا اخرجت للحبس من بيت العدة واما اذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج
للحبس فلها النفقة وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن الزوج من نفسها فلها
النفقة والفرق ما ذكره في الكتاب وهو واضح قال في النهايه وهذا الذي ذكره في الطلاق البائن والطلقات
الثلاث واما المعتدة بالطلاق الرجعي اذا وطيها ابن الزوج او قبلها بشهوة وهي مطاوعة او ارتدت فهي لم
تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق الرجعي لا يقع به الفرقة وكان وقوع الفرقة لسبب وجد منها وهو معصية فيوجب
ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق البائن

فصل لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع
في بيان نفقة الاولاد ونفقة الاولاد الصغار على الاب خاصة لا يشاركه فيها غيره في ظاهر الروايه وقد روي
عن ابي حنيفة ان النفقة على الاب والام اثلاثا كما يجب ميراثهما بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ووجه
الظاهر قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن قيل في وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب
على الاب بسبب الولد فان الحكم يترتب على مشتق وترتيبه على المشتق دليل على علية المشتق منه كذلك كان في
السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم ان علية نفقتهن على الزوج هو الاحتباس فلا يجوز ان يكون غيره علة
لئلا يتوارد علتان على معلول واحد والجواب ان العلة هي الولد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة اذ
هو السبب للحرمه الحاصله بين الزوجين والولد وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزيه والاحتباس
سبب يفضي اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولاده فاذا تحقق يضاف الحكم اليه ويجوز ان يقال

وهذا اذا لم يكن للزوج الغايب مال حاضر فطلبت المراة من القاضي ان يسمع بينتها

وجب عليه رزق الولد ... الاول وبيان ان وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد

قربى بالشخص

استدل

استدل بالاية على نفي مشاركة احد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد
لان كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذلك النفقة الثابتة بهما واذا انتفى الاشتراك فاما ان يجب على الاب
او على غيره لا سبيل الى الثاني فتعين الاول وان كان الصغير رضيعا فليس على الام ان ترضعه لما بينا ان الكفاية
على الاب واجرة الرضاع كالنفقة فكما انه يجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه ان يستاجر من يرضعه اذا وجدت
ولانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها معناه بالزامها
الارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين قلت ان كان
معناه الاخبار عن فعلهن حين فعلهن فلا يحتاج الى جواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب
او الوجوب اذا لم يوجد من يرضعه او لم يقبل الصغير على ثدي غيرها وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله
اما اذا كان لا يوجد من يرضعه يجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع او هو محمول على الوجوب عليها ديانة حتى
لا يجوز استيجارها على الارضاع اذا كانت في عصمته او عدته على ما ذكره في الكتاب واستدل به فان قيل اذا كان
بمعنى الامر وجب ان يتناول بإطلاقه المنكوحة والمبانة قلت ان قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن
في المطلقات واوجب ايتاء اجورهن عند الارضاع فلو كان قوله يرضعن على اطلاقه لوجب الارضاع على
المطلقات وفي ذلك ابطال عمل احد الايتين فوجب حمله على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية
رواية واحدة والمبتوتة في رواية اذا كانت في العدة عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح قوله
ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه بان اسلم الابن بنفسه والاب كافر او على العكس لما ان
اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح كما يجب نفقة الزوجة وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما
ذكرنا يريد به وعلى المولود له رزقهن الايه ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه وكونه لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا
في نفقة جزيه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه يعني وجوب النفقة بازاء الاحتباس
الثابت به اي بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة الكتابيه موجود والاحتباس مترتب
عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجود لكن لم لا يجوز ان يكون الكفر
مانعا كما في استحقاق الارث فالجواب ان ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوده كالمهر وثمن المبيع وغيرها
والميراث ليس سببه العقد وانما مبناه على الولايه والكفر ينافيها واقول لو استدل على نفقة الزوجة
بايضا بإطلاق قوله تعالى وعلى المولود له الايه كان اسهل لما انها لانه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى
نفقة الولد بدلالته كما تقدم ولم يحتج الى دفع ما توهم كلامه من التردد في سبب النفقة فانه جعله ههنا
العقد صحيحا وجعله في قوله المولود له الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه
قوله في جميع ما ذكرنا اي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته انما يجب على الاب اذا لم يكن
للصغير مال وتنكيره مال اشارة الى عمومه بوقوعه في سياق النفي سواء كان من جنس النفقة او من غير جنسها
او دورا او عقارا او ثيابا فان قال في الذخيرة اذا كان للصغير عقار او ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة
كان للاب ان يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الاصل في نفقة الانسان ان تكون في مال نفسه صغيرا كان
او كبيرا واعترض بان نفقة المراة على زوجها وان كان لها مال فالاصل منقوض والجواب ان الاصل
عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضروريه وقد تحقق في نفقة المراة امر ضروري فتغير وذلك
لان نفقة المراة في مقابلة الاحتباس فما دام الاحتباس باقيا كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة
ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى

فصل لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في
بيان نفقة الوالد وتجب على الولد ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان
خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما
وصاحبهما في الدنيا معروفا قيل نزلت في سعد بن ابي وقاص حين اسلم وقالت له امه حميلة يا سعد
بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني بيت سقف من الضح والريح ولا اكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد
وترجع الى ما كنت عليه وكان احب ولدها اليها فابى سعد وصبرت هي ثلاثة ايام ولم تاكل ولم تشرب
ولم تستظل ثلاثة ايام حتى غشي عليها فاتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكى اليه ذلك فنزلت هذه الايه
وليس من المعروف ان يعيش الولد في نعم الله ويتركهما يموتان جوعا وقد
فسر النبي صلى الله عليه وسلم حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا وكلامه واضح قوله لما تلونا
اراد به قوله وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يذكر المصنف ههنا ان الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد
على الانفاق عليه اولا قال شمس الايمه السرخسي اذا كان الاب كسوبا والابن ايضا كسوبا يجبر الابن على الكسب

قوله تعالى

نفقة

والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلواني لا يجبر على ذلك واعتبره بذي الرحم المحرم بناء على ان استحقاق النفقة
للعجز والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب وشمس الائمة السرخسي يحتاج الى الفرق بين نفقة الولد والوالد
فان الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب لا يجب على الاب نفقته وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبر
حاجة ضرورية كانت كالنفقة والكسوة او غيرها كشهوة الفرج فان للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد
وليس للولد استحقاق استيلاد جارية الوالد فلو شرط معنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده
كما شرط في حق الابن لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة وقوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين ظاهره
وقوله لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية واستشكل
بقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا فانه باطلاقه يوجب النفقة للوالدين وان كانا حربيين واجيب بان
العمل باطلاقه يفضي الى التعارض المفضي الى الترك الممتنع فحمل ذلك على اهل الذمة وهذا على اهل الحرب
وقوله ولا يجب على النصراني نفقة اخيه المسلم من فروع قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا
للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند الملك وكلامه في الفرق بينهما بان النفقة متعلقة
بالارث يعني في الجملة غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والعتق متعلق
بالقرابة والمحرمية بالحديث يعني قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول واضح خلا قوله
ودوام ملك اليمين اعلى القطيعة من حرمان النفقة فان حرمان النفقة قد يفضي الى الهلاك ودوام ملك
اليمين ليس كذلك فكيف يكون اعلى والجواب ان الحاجة الى النفقة مقدورة الدفع من غيره بان يسأل الناس
او يتبرع احد من غير سوال فان الهلاك جوعا في العمران مع توفر اصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر
واما الحاجة الى الاعتاق فانها لا تندفع الا من جانبه واما كون الاحيا الحقيقي اعلى من الحكمي فبعد تسليمه الاولى مردود
بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا قال ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد من الاخوة والاخوات
والاعمام وغيرهم في ظاهر الرواية لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك
فكانا غنيين بالولد والغني لا تجب نفقته على غيره فان قيل التاويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض اطلاق قوله
تعالى وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث مشهور وتجوز به الزيادة سلمنا انه من الاحاد لكن ترك اطلاق وعلى
الوارث مثل ذلك بما ذكرنا من الدلائل الدالة على تقييده بغير قرابة الولاد المسنده الى قوله تعالى وعلى المولود
له رزقهن الاية كما تقدم فان قلت لا منافاة بين الايتين لان قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن يقتضي ان يشارك
الجد الابن كما ان في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التاويل في مال الولد بالاجماع
صار غنيا به والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن وقوله ولانه اقرب الناس اليهما اي
الولد اقرب الناس الى الوالدين والاقرب اليهما اولى لاستحقاق نفقتهما عليه لانه صلة وجبت بالقرابة
فمن كان اقرب فهو اولى بالاستحقاق له وعليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وروى
الحسن عن ابي حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث اثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى
قياس نفقة الميراث ذوي الارحام ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب لان المعنى يشملهما وبيانه ان استحقاق
الابوين انما هو باعتبار التاويل وحق الملك لهما في مال الولد بقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك
وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث فيكونان سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان
انعدم التوارث فقوله وهو الصحيح احتراز عن رواية الحسن وقوله والنفقة لكل ذي رحم محرم مبتدا وخبره محذوف
اي النفقة لكل ذي رحم محرم وهو من لا يحل نكاحه على التابيد واجبة اذا كان فقيرا صغيرا او كانت امراة فقيرة
بالغة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل بينهما كونه
ذا رحم محرم بدليل قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فان ذلك للاشارة الى البعيدة فيكون اشارة الى اول الاية
وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فيدل على ان للوارث النفقة وتقييده بذي الرحم المحرم بقراءة
ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم مثل ذلك ولا شك ان قراءته كانت مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم
ثم لا بد من الحاجة لاستحقاقها لذلك والصفات المذكورة وهي الصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة
لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني فان قيل ما بال الابوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب اجاب
بقوله بخلاف الابوين الى اخره وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه وقوله يجب ذلك
يعني النفقة على قدر الميراث ويجبر عليه اي على الانفاق اما التقدير فلان الله تعالى نص على الوارث بقوله
وعلى الوارث مثل ذلك تنبيها على اعتبار المقدار لانه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت
الحكم بقدر علته وعلى هذا لو اوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى
هذا

ولان الانفاق صلة احيا حقيقة وصلة العتق صلة احيا حكما ولا شك في ان الاحيا الحقيقي اعلى

هذا اذا كان الرجل زمنا معسرا وله ابن معسر صغير او كبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقون موسرون
فنفقة الرجل على اخيه لاب وام وعلى اخته لام اسداسا بحسب ميراثهما فاما نفقة الولد فعلى الاخ لاب وام خاصة
لان ميراث الولد عند عدم الاب له خاصة فانه عم لاب وام فلا يرث معه العم لاب ولا العم لام والحاصل ان
من يكون محتاجا يجعل معدوما وتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب الميراث فان كان الولد ابنة
كان نفقة الاب والابنة على الاخ من الاب والام خاصة اما نفقة الابنة فلما بينا واما نفقة الاب فلان الوارث
هنا الاخ لاب وام خاصة لان الاخ لاب وام يرث مع الابنة والاخ لام لا يرث معها فلا حاجة الى ان تجعل البنت
كالمعدومة ولكن يعتبر صفة الوراثة مع تحققها بخلاف الابن فانه لا يرث معه احد من الاخوة فلا بد من ان يجعل
كالمعدوم واذا جعل كذلك فميراث الاب يكون بين الاخ لاب والاخ لام اسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك
وهذا كله اذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز الى غيرهم واما اذا تجاوز عنهم الى غيرهم كما اذا كان للصغير الفقير
خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذي الرحم الذي لم يرث لا على غير ذي الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك
والخال كذلك فيجب عليه على ما سنذكره في الكتاب فان قيل هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب
ان تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير وارث اجيب بان نفقة ذي الرحم المحرم
واجبة تحقيقا للصلة وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه بخلاف الخال فان
صلته واجبة والنفقة منها فيجب عليه قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن كما مر
فلا هو وقوله ووجه الفرق يعني بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت بجملتها على الاب خاصة ونفقة الولد الكبير
الزمن حيث وجب ثلثاها على الاب والثلث على الام كما في الارث انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة
حتى وجب عليه صدقة فطره وكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه فكذا في النفقة
على الصغير واما الكبير فليس للاب عليه ولاية لبلوغه وكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه
يكون بينهما اثلاثا فكذلك نفقته وقوله اخماسا على قدر الميراث يعني ثلاثة الاخماس من الميراث يكون للاخت
لاب وام والخمس للاخت لاب والخمس للاخت لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا التفصيل وقوله
غير ان المعتبر استثناء من قوله وفي غير الوالد يعتبر على قدر الميراث والمراد باهلية الارث هو ان لا يكون
محروما وفي كلامه لف ونشر حيث قال ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه ثم نشر بقوله فان المعسر اذا كان
له خال يعني وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحرز الميراث لما قدمنا ان الخال ذو رحم
محرم دون ابن العم وهذا راجع الى قوله لا احرازه وقوله ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين راجع الى قوله
المعتبر اهلية الارث وقوله ولا بد من اعتباره اي اعتبار الارث بان يكون اهلا للارث ولهذا قلنا لا يجب
على النصراني نفقة اخيه المسلم ولا عكسه وقوله ولا يجب على الفقير ظاهر وقوله لما يفضل على نفقة نفسه
وعياله شهرا قيل هذا اذا كانت نفقته من مستغلاته او بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم اذا كان محترفا
ينفق من كسب يده وقوله والفتوى على الاول يعني ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب
حرمان الصدقة وهو مائتا درهم اذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو الصحيح لان النفقة اشبه بصدقة
الفطر لكونها مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مؤنة من كل وجه فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر
الغنى الموجب للزكاة فلان لا يشترط هنا وهي مؤنة من كل وجه اولى ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاجناس
قال في نوادر ابي يوسف يشترط نصاب الزكاة ثم قال في الخلاصة هكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوى
الصغرى ان انتقص منه درهم لا يجب وان كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقوله وقد
بينا الوجه فيه يريد ما تقدم من قوله ولا يقضي بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء في قوله ولهذا كان لهم ان
ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله واذا باع ابوه متاعه ظاهر وقوله وكذا لا تملك الام في النفقة
مخالف لما ذكر في الاقضية ولما ذكره القدوري من جواز البيع للابوين فاما ان يكون في المسالة روايتان
في رواية الاقضية والقدوري تملك الام البيع كالاب لان معنى الولاد يجمعهما وهما في استحقاق النفقة
على السواء واما ان يكون ما في الاقضية والقدوري مأولا بان الاب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف
البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر وقوله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب
اعترض عليه بانه كذلك لكن الغرض انه يبيعه لنفقته وانما صح بيعه اذا كان قصده البيع للحفظ واجيب
بانه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الانفاق لا تتغير تلك الحقيقة اذ لا تاثير للعزيمة في تغير الحقيقة
لانه لا يعارض جهة الحفظ جهة الاتلاف بالانفاق لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفي الحال لم تجب فلا يعارض
على ما مر اشارة اليه في ما مثال ولهذا كان لهم ان ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله لانه ملكه بالقضاء

عن زفر هو وارث فتكون فيه
تجب فيه على الخال وابن العم
زفر ياخذ بالميراث لان النفقة
على ذي الرحم المحرم صح صح

يعني ان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان فظهر انه كان متبرعا بالنفسه وقوله بخلاف نفقة الزوجة اذا اقضي القاضي
يعني انها لا تسقط بمضي المدة لانها تجب في مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع اليسار فلا يسقط بحصول
الاستغنا فيما مضى وقوله الا ان ياذن القاضي بالاستدانة عليهم استثنا من قوله فمضت مدة سقطت ومعناه اذا
اذن القاضي بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم ايضا كنفقة الزوجة وان مضت مدة لان القاضي له ولاية عامة
فصار اذنه بالاستدانة كامر الغايب بها ولو امر الغايب بالاستدانة صار دينا في ذمته لا يسقط بمضي المدة فكذا اذا
اذن القاضي بذلك واذا تذكرت ان نفقة الزوجة بجزا الاحتباس ونفقة الاقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال
في الذخيرة ان القاضي اذا فرض للزوجة في الشهر ما يه فمضت المدة وفي يدها منها شي لم يحتسب للشهر الثاني ولو
كان ذلك في نفقة الاقارب حوسب بها وان القاضي اذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرقت ليس عليه ان
يكسوها حتى تفرغ المدة ولو كان ذلك في الاقارب وجب عليه ان يكسوهم **فصل** جمع في هذا
الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات واراه على الجميع وهو في محز ظاهر مذهب اصحابنا ان الانسان
لا يجبر على الانفاق على ملكه سوى الرقيق واما في الدواب فيفتي فيما بينه وبين الله تعالى بالانفاق عليها
وان غير الدواب كالدور والعقار فانه لا يفتي به ايضا الا انه اذا كان فيه تضييع المال كان ترك الانفاق
مكروها وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوجة والمملوك في ان المولى اذا امتنع عن الانفاق وهو ممن
لا كسب له اجبر على بيع المملوك والزوج اذا عجز عن الانفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بان في الاجبار على
البيع زوال ملك المولى الى خلف وهو الثمن وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا الى خلف لان نفقة المملوك
لا يصير دينا على المولى بحال من الاحوال واما في النكاح ففي الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف
وفي عدمه فوات حق المراة في الحال الى خلف لصيرورة نفقتها بقضا القاضي دينا على الزوج فكان تاخيرا
وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة الازواج اذا اقضي بها القاضي لانها تجب مع اليسار فلا تسقط
فكان الضرر اللاحق بالزوج اشد فكان بالدفع اولى وعن ابي يوسف انه يجبر وهو قول الشافعي وفساده على
الرقيق والاصح ما قلنا يعني من عدم الجبر لان اجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضا والقضا لا بد له من مقضي
له وهو من اهل الاستحقاق وعدم ما يوجد في الرقيق لكونه من اهل ان يستحق حقا على المولى وعلى غيره في الجملة
الا يرى انه بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصح
ان يكون مقضيا له فانعدم شرط القضا فينعدم القضا كتاب **[illegible]**
ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبة له في انه اسقاط بني على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق
وصار اعتاق البعض كاعتاق الكل اما اتفاقا او في الملك او تحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت
كالطلاق ومن محاسنه انه احيا حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه اهلا للكرامات البشرية من
قبول الشهادات والولاية وتفسيره في اللغة القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره وفي
الشريعة قوة حكمية يصير المرء بها اهلا للشهادة والولاية والقضا واسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها
دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربي في
دارنا عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب فانه يعتق في قول ابي حنيفة ومنها الاقرار بحرية العبد اذا
اشتراه بعد ذلك وشرطه كون المعتق حرا بالغا مالكا ملك اليمين وركنه ما ثبت به العتق وهو نوعان
صريح وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن المحل وانواعه المرسل والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت
وكل منها اما ببدل او بغيره وكلامه ظاهر سوى الفاظ نذكرها قوله شرط الحرية لان العتق لا يعني الاعتاق
لانه قال والبلوغ لان الصبي ليس من اهله والصبي من اهل العتق الا يرى انه لو ورث اخاه عتق عليه
فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبي ليس من اهله لكونه ضررا محضا ويدل على ذلك ايضا قوله لان
المجنون ليس باهل للتصرف فان الاعتاق تصرف لا العتق وقوله ولهذا اي ولكون البلوغ والعقل شرطا
اذا قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله لانه لما اسند الى حالة منافية للاعتاق كان انكارا منه
للاعتاق والقول قول المنكر وقوله لانه ليس باهل لقوله ملزم يعني لان الصبي يوجب الحجر عن الاقوال
قيل لا نسلم ذلك بل هو اهل له الا ترى ان صبيا لو اقر بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لا يسمع
دعواه اجيب بان الملزم ثمه هو يد صاحب اليد واقراره موكد وقوله اذا قال لعبده او امته انت حر فالاصل في
المبسوط الالفاظ التي يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء وهو ذكر هذه الالفاظ
بصيغة الخبر او الوصف او الندا اما صيغة الخبر فان يقول اعتقتك او حررتك واما صيغة الوصف فان يقول انت حر او انت عتيق واما المنادى يا حر
يا عتيق وكذلك لو قال لعبده هذا مولاي الى اخره وقوله وسنقرره من بعد اراد به قوله في مسالة يا ابني على ما يجي
وقوله

وقوله الا اذا اسماه حرا استثنا من قوله ولو قال له يا حر وقوله وكذا عكسه يعني ان ناداه يا حر وكان لقبه ازاد
قوله فيعتبر اخبارا عن الوصف قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن حر علما له كان قوله يا حر انشا للحرية لا اخبارا عن الوصف
واجيب بانه اذا لم يكن حر علما له كان المنادى في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية والوصف في الحقيقة
خبر عن الموصوف فكان الندا اخبارا بان المنادى موصوف بهذه الصفة وقوله وسنبين الاختلاف
فيه يريد الاختلاف في مجرى الاعتاق على ما نذكره وقوله وقد بيناه يعني في الطلاق وقوله وكذا قوله لا منه
قد اطلقتك يعني ان نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك لمناسبة الارسال تخلية السبيل بخلاف قوله
طلقتك فانها لا تعتق لانه صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما ياتي بيانه وقوله لان
السلطان عبارة عن اليد يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلا فتعنيه نفي اليد
وكانه قال لا يد لي عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان يزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب
بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه
ولو نفى الملك بان قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال
الملك او لازما له فان كان الاول فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وارادة اللازم وان يكن الثاني فليكن كناية
لان الكناية ذكر اللازم وارادة الملزوم فالجواب انه ليس بلازم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب على
ما ذكرنا ولا بملازم له لانفكاك زوال الملك عنه فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق الى ان يسلم وقوله
لان للمولى على المكاتب سبيلا يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا انتفى ذلك بالبراة عتق
قال وقوله ولو قال هذا ابني ومن قال لعبده الذي يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابني
وثبت على ذلك ثبت النسب وعتق عليه ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يدع الكرامة والشفقة كذا في شرح القدوري
لابي الفضل كالو ادعى ذلك صدق وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحا دون العتق وقيل
هو شرط اتفاقي قوله لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد يحتاج الى النسب لانه ليس له نسب معروف فيثبت
نسبه فاذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف تحقق تعذر ثبوت
النسب لكنه يعتق اعمالا للفظ بمجازه عند تعذر الحقيقة وسيجي بيان مجوز المجاز ولو قال هذا مولاي ظاهر
وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو مستعمل في ثلثة وعشرين معنى ذكره ابن الاثير
اما مجيئه بمعنى الناصر فكما في قوله تعالى ذلك بان الله مولى الذين امنوا وان الكافرين لا مولى لهم واما بمعنى
ابن العم فكما في قوله تعالى واني خفت الموالي من ورائي وقوله والثالث نوع مولاه مجاز بمعنى الموالاة
في الدين لان المولى مشتق من الولي وهو القرب ولا قرب بين المشرق والمغرب من حيث الحقيقة ولا من
حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه كذا في بعض الشروح وفيه
الغرض والتقدير وقوله فالتحق بالصريح يعني بدلالة الحال في المحل وهو كونه عبدا وقوله واما الثاني يعني به
قوله يا مولاي وقوله بخلاف ما ذكر يعني قوله يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق معناه ان
معنى قوله يا مولاي يا من لي عليه ولاء العتاقة حقيقة تعذر الاستعمال مرادا فيثبت بهذا القول ما يختص
بالعتق وهو الولاء وهو يقتضي سابقة العتق بخلاف قوله يا سيدي يا مالكي فان معناه يا من له السيادة
والملك علي ولم يثبت به شي يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الاكرام والتلطف وقوله ولو قال يا ابني
او يا اخي لم يعتق فرق بينهما وبين قوله يا حر في وقوع العتق بدونها لان الندا اذا كان بوصف يمكن
اثباته من جهته كان الندا لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله
يا حر فانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال على ما بينا يعني في قوله لانه ندا بما هو صريح
وهو الاستحضار المنادى الى اخره واذا كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون
تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة الندا من جهته لانه لو انخلق من ما غيره
لا يكون ابنا له بهذا الندا وكان لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية وروي الحسن عن ابي حنيفة انه يعتق
فيهما اي قوله يا ابني يا اخي والحاصل ان العتق يتم بهذا بثلاثة الفاظ في ظاهر الرواية يا حر يا عتيق يا مولاي
وفي رواية الحسن بخمسة الفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابني ويا اخي والاعتماد على الظاهر وقوله ولو قال
يا ابني ظاهر قال وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله اذا قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا
ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول ابي حنيفة اولا وهو قول الشافعي واصل هذه المسئلة
ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وفي التكلم عند ابي حنيفة على ما عرف في الاصول وقد
قررناه في التقرير وقالا الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز بخلاف الاصغر سنا فان الحقيقة فيه متصورة

لامكان ان يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق
وقال لا نتصور حكم الحقيقة ليس بشرط فانه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا والحرة ليست
بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم وقوله هذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدا وخبر وهو ملزوم لقوله هذا
حر من حين ملكته لان البنوة اذا ثبتت في المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر الملزوم وارادة
اللازم هو المجاز فصار كانه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك
تصحيحا لكلامه بخلاف ما اذا استشهد به على خلاف المعقول لانه لا وجه للمجاز اذ ليس قوله اعتقتك قبل ان
اخلق ملزوما لقوله انت حر من حين ملكتك لان الاول يقتضي عدم ورود الملك عليه والثاني يقتضي
وروده البتة والشيء لا يكون ملزوما لما ينافيه والا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال قوله
وهذا الخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم
وارادة اللازم مجوزة للمجاز وان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش في الصورة المذكورة
لان القطع خطا سبب لوجود المال فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن قوله علي خمسة الاف درهم مجازا ص
واللازم باطل فالملزوم مثله وتقرير جوابه ان القطع خطا ليس بسبب لمال مطلق بل لمال يخالف المال <...>
المطلق في الوصف وهو الارش حتى وجب على العاقلة في سنتين بلفظ التثنية كذا في النهاية وذلك
المال هو مسبب عن القطع لا يمكن اثباته بدون القطع فما هو مسبب لا يمكن اثباته وما يمكن اثباته ليس بمسبب
وحاصله ان هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو اما الحقيقة فظاهرة واما المجاز
فلان قطع اليد خطا ملزوم للارش الذي هو ملزوم القطع واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو
الارش كذلك قوله اما الحرية لا يختلف معناه الحرية التي جعلنا هذا المبنى بالحرية من حين ملكه مجازا عنها ربني
لا يختلف ذاتا وهو زوال الرق ولا حكما وهو صلاحية القضاء والشهادة والولايات كلها فامكن جعله اي
جعل قوله هذا ابني مجازا عنه اي عن الحرية على تاويل العتق او المذكور ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا
يولد لمثلهما فهو على الخلاف وهو الاظهر قوله لما بينا يعني من الوجه في الجانبين في قوله هذا ابني ولو قال
لعبده هذا اخي فهو على الخلاف والوجه ما تقدم وقيل لا تعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك صغيره
من بنوة او حرية الابوة بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب وهذا يشير الى
ان الواسطة لو كانت مذكورة مثل ان يقول هذا اخي ابو امي عتق وقد ذكره بعض الشارحين بخلاف الابوة
والبنوة لان لهما موجبا في الملك بلا واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه
يعتق ووجه الروايتين ما بينا اما وجه رواية العتق فلما ذكره بقوله وهذا لان البنوة في المملوك سبب الحرية الى اخره لوجب العتق فاما وجه رواية
فكذلك ههنا الاخوة في الملك الابواسطة وكذلك ههنا الاخوة لا تكون الا بواسطة الاب او الام لانها عبارة عدم العتق فقوله في مثله
عن مجاورة في صلب او رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة قال في الجد لان هذا الكلام لا موجب
المبسوط ان محل اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخي فاما اذا ذكره مقيدا او قال له في الملك صح
هذا اخي لابي وامي فيعتق من غير تردد لان مطلق الاخوة مشتركة قد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى انما
المومنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى والى عاد اخاهم هودا وقد يراد بها الاتحاد في
في الدين والمشترك لا يكون حجة فان قيل البنوة ايضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف تثبت العتق باطلاق قوله
هذا ابني اجيب بان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة ولو قال لعبده هذا ابني فقد قيل
هو على الخلاف وقيل هو اي عدم العتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى لان الذكور والاناث من
بني ادم جنسان مختلفان واذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح والمسمى
ههنا معدوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما وقوله وان قال لامته انت طالق
او بائن فاظهر اي قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة ولهذا تثبت الاحكام مثل
الاهلية والولاية والشهادة فاني يشبه الطلاق الذي هو اسقاط محض وتقرير الجواب ان الاعتاق ايضا اسقاط
بدليل صحة التعليق فيهما واما الاحكام فليست بوارد لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه ادميا مكلفا غير ان
الاعتاق ازال المانع فاستوى الاعتاق والطلاق قوله ولهذا اي ولكون العتق محتملا لللفظه نصلح لفظة
العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه لان مبنى المجاز على المناسبة والشيء لا يناسب شيئا الا والثاني
الاخر مناسب له وانا قال على ما قاله الشافعي لان المنصوص عن الشافعي في لفظ الطلاق هو واصحابه
قاسوا عليها سائر الالفاظ الصريح والكناية ولنا انه نوى ما لا يحتمله كلامه لانه لا مناسبة بينهما
تجوز الاستعارة لان الاعتاق لغة اثبات القوة ماخوذ من قولهم عتق الطير اذا قوي وطار عن وكره
وفي

عن التقديم

وفي الشرع ايضا كذلك لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر والطلاق في اللغة رفع القيد
ماخوذ من قولهم اطلقت البعير اذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا اثبات قوة الانطلاق وكذلك
في الشرع لان المنكوحة لم تزل مالكة لنفسها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر
القوة وليس بين اثبات القوة الشرعية في محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة
ولا خفاء ان الاول اقوى والادنى لا يكون يصلح ان يكون مستعارا للاعلى ما ذكر ولان ملك اليمين
فوق ملك النكاح لان ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف الجواري الخالية عما يمنع عن الاستمتاع ٤
بهن واما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين اصلا وكل ما هو اقوى فاسقاطه اقوى فملك اليمين اسقاطه اقوى
واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه وهذا لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجدت وصفا
مشتركا بين ملزومين مختلفين في الحقيقة هو في احدهما اقوى منه في الاخر وانت تريد الحاق الاضعف بالاقوى
على وجه التسوية بينهما فتدعي ان ملزوم الاضعف من جنس ملزوم الاقوى ويطلق عليه اسم الاقوى كما
اذا كان عندك شجاع وانت تريد ان تلحق جرأته وقوته بجراءة الاسد وقوته فتدعي الاسدية له باطلاق
اسم الاسد عليه وهذا كما ترى انما يكون باطلاق اسم القوي على الضعيف دون العكس واذا ظهر
هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين اقوى ظهر لك جواز استعارة الفاظ العتاق للطلاق دون عكسه
والفرق بين النكتتين المذكورتين في الكتاب ان في الاول منع المناسبة واظهار السند بان الاعتاق
اثبات والطلاق رفع فانى يتناسبان وفي الثاني تسليم ان كلا منهما اسقاط لكن الاعتاق اقوى وهو مناف في
الاستعارة قوله واذا قال لعبده انت مثل الحر اطلاقه يشير الى انه نوى العتق او لم ينو لم يعتق وذكر في
المبسوط لم يعتق الا بالنية وفي تعليله اشارة الى ذلك لانه قال المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني
عرفا فوقع الشك في الحرية ولا شك انه اذا نوى الحرية زال الشك قوله فلا يجوز ان يراد به العرف
العام فان العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الاوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا اذا كان عمرو مشهورا
بصفة علم او خط او جود او غيرها ويجوز ان يراد به العرف الخاص فان بعض اهل العلم يستعملونه في
الايجاد بالحقيقة قوله ولو قال ما انت الا حر عتق لانه اظهر فصل لما ذكر العتق الحاصل بالاعتاق
اي الاختياري الذي هو الاصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل بغير اختيار
كارث قريبه وخروج عبد الحربي الينا مسلما وولد الامة من مولاها والرحم في الاصل وعاء الولد في بطن امه ثم
سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذي لا يحوز النكاح بينهما لو كان
احدهما ذكرا والاخر انثى ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وقال عليه السلام
من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه الخمسة الا النسائي واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة بالمحرمية
ولادا او غيره فان قيل الضمير في مثله يعود الى من كما في قوله صلى الله عليه وسلم من دخل دار ابي
سفيان فهو امن وامثاله فلا يكون حجة اجيب بان وقوعه في العتق لمن ملك ينبو عن ذلك وليلا يلزم
تحصيل الحاصل فان تملكه يدل على حريته اذ المملوك يقول لا يملك شيئا بقوله فهو حر لو عاد اليه كان تكرارا غير
مفيد فان قيل صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه
فيعتقه عطفا بالفاء التي للتعقيب فلا يعتق ما لم يعتقه اجيب بانه دليل اصحاب الظواهر وليس بصحيح
للزوم التعارض ومحمله ان مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب اخر كما يقال اطعمه فاشبعه
وسقاه فارواه وضربه فاوجعه وامثاله قوله والشافعي يخالفنا في غيره اي في غير الولاد واستدل بان
ثبوت العتق من غير رضاء المالك ينفيه القياس لا يلحق به شيء الا بالقياس وكل ما يقتضيه لا يدخل غير
فيه بالاستدلال اي بدلالة النص الا اذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه وههنا ليس كذلك
لان قرابة الاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولا
يمتنع فيه ولنا ما روينا وهو قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في
المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه فيعتبر القياس على الولاد لان هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة
المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لانها اي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي تفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت
النفقة وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع واما وجوب النفقة فمذهبنا لكن ما ثبت ذلك من قبل
بدليل قطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك كان ثابتا البتة فاستدل الشافعي بما نحن فيه نكتة وهي
قوله هذه قرابة صينت عن ادنى الذليلين وهو ذل النكاح فلان يصان عن اعلاهما اولى فان ادعى ان ذل النكاح

ثم ان اراد انه ملك ذلك فبالاجماع وان اراد ان كل من فعل ذلك ح

اعلافكذا مكابرة تستدعي تفضيل الاما على الحراير وهو باطل قطعا واجاعنا على ان الرضيع يرفع ذل النكاح دون
الرق مما حسم مادة هذه المكابرة فان رافع الاعلى يرفع الادنى لامحاله ولان فرقا بين ان يكون الملك مسلما او كافرا
وكذلك الأول لعموم العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح فان قيل هذه القرابة ان اوجبت العتق اوجبت باعتبار
الصلة على ما اشار اليه المصنف بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الاخوة لا توجب الاخوة
الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا توجب النفقة فلا توجب الاعتاق ايضا اجيب بان علة النفقة
ليست القرابة المجردة في الاخوة بل بصفة الوراثة بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك واختلاف الدين
يمنع الارث فكذا ما بني عليه وانما قال او كان في دار الاسلام لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم
منه لم يعتق فانه لو اعتقه لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل عدم نفاذ العتق بالاعتاق
لا يستلزم عدم العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا اعتقا لم ينفذ واما اذا ملك ذا رحم محرم منه
عتق فالجواب ان الاصل انما يقع من العتق بالملك يقع بالاعتاق ايضا لان الوقوع بالملك اي بالسوء
بالزام الشرع لعدم التصرف منه وما لزم بالزامه يلزم بالالتزام ايضا بالاستقراء الا انا تركنا هذا الاصل
في حق الصبي والمجنون بالمانع وهو ان الاعتاق تصرف ضار من كل وجه وهما ليسا من اهله كما عرف في
موضعه وكذا اذا اعتق المسلم عبده الحربي في دار الحرب لا يعتق عليه قال في النهاية ولهذا يعلم ان قوله
في دار الاسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا
لا ينحصر تعلقه بقوله او كافرا والمكاتب اذا اشترى اخاه جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب
على المكاتب في غير الولاد وتقريره لا نسلم انه لا يتكاتب عليه بل قد روي عن ابي حنيفة انه يتكاتب على
الاخ ايضا ولئن سلمنا فلان ما لم يتكاتب عليه لان المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق لانه عبد
ما بقي عليه درهم فانما الحق بالملاك فيما هو المقصود من الكتابة ومن لا قدرة له على الاعتاق لا يعتق عليه
لان فرض المسئلة على القدرة فان قيل لو كان لذلك لما عتق عليه قرابة الولاد اجاب بقوله بخلاف الولاد
لان العتق فيه من مقاصد الكتابة لانه عتق بنفسه كان مقصودا بالكتابة لكونه يتعير بالرق فكذلك رق
الوالد والولد فاذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا للمقصود العتق واما عتق الاخ
فليس من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار بدفعه لحوقه برق ابنه او ابيه قوله وهذا بخلاف ما اذا ملك
بنت عمه جواب نقض اجمالي تقريره لو كان بملك ذي الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التي هي
اخت من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها وليس كذلك وتقرير الجواب ان المراد بالمحرمية محرمية اثرت
فيها القرابة وهذه ليست كذلك لان الرضاع هو المؤثر وذكر هذا الجواب انما هو لزيادة الايضاح لانه كان معلوما
من اصل دليله حيث قال ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن كذلك والصبي جعل اهلا لهذا
العتق وكذلك المجنون فاذا دخل قريبهما في ملكهما لغير صنع منهما كالارث والهبة عتق عليهما لان العلة
وهي تملك ذي الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة في
ومن اعتق عبده لوجه الله ومن قال لعبده انت حر لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق عليه لوجود
ركن الاعتاق من اهله مضافا الى محله من غير مانع شرعي فيثبت الحكم عليه ووصف القرابة وهو كونه لوجه
الله تعالى في الوجه الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخرين يعني للشيطان والصنم قوله
وعتق المكره واضح وقد تقدم في الطلاق وان اضاف العتق الى ملكه بان يقول لعبد الغير ان اشتريتك
فانت حر صح كما في الطلاق وان علق بشرط كقوله ان دخلت الدار فانت حر فكذلك اما الاضافة
ففيه خلاف الشافعي وقد تقدم بيانه واما التعليق بالشرط فلان الاعتاق اسقاط والاسقاط يجري
فيه التعليق بالاتفاق بخلاف التمليكات والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي بوجه اخر وهو ان زوال الملك
عنده يبطل اليمين وعندنا لا يبطله فاذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل
الدار عتق عندنا خلافا له وقد عرف في الاصول واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه
وسلم في عبيد طايف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله روى ابن عباس رضي الله عنه ان عبدين من
الطايف خرجا فاسلما فاعتقهما النبي صلى الله عليه وسلم ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم
ابتداء قيد بالابتداء احترازا عليه فانه في البقاء من الامور الحكمية دون الحرابية فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود
اسباب زوالها قوله وان اعتق حاملا ظاهر واعترض عليه بانه لو لم يعتق امه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة
واجيب بانه لما اعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الام بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الام فاستثناء
الحمل في الهبة شرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط على ما سيجيء واشتراط

(في الحاشية: اي حكم بعتقهما بقوله هم عتقاء الله صح)

(في الحاشية: وقوله)

بدل العتق على غير المعتق لا يجوز قيل عليه سلمنا ذلك لكن معنى انه يتوقف العتق الى ان يبلغ الحمل الى حد يكون
من اهل القبول وهو ان يكون عاقلا يعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال وان شرط الالف عليها
توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان كانت عاقلة تعقل العقد واجيب بان ذلك في صريح الشرط
واما ههنا فالمسئلة مذكورة بكلمة على وكان ذكر المال ههنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان
الاصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة وفيه نظر لانه يقتضي انه ان ذكر بكلمة الشرط توقف
ولا بد فيه من رواية واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لانه قال فيه وان شرط عليها توقف على قبولها ان
كانت من اهل القبول والحمل ليس منه والاولى ان يقال لما علم المعتق عدم كون الحمل اهلا للخطاب وقبول
الشرط واقدم على العتق كان قاصد الاعتاق بلا مال او يحمل حاله على ذلك صونا لكلامه عن الالغاء قوله
على ما مر في الخلع قال في النهاية هذه حوالة غير رائجة ويحتمل ان يكون مراده ما ذكر في الخلع في الجامع الصغير
فانه في شرحه فرق بين الخلع والاعتاق بجواز وجوب بدل الخلع على الاجنبي دون الاعتاق لما ذكرنا
في الخلع ان الاجنبي في معنى المراة في عدم حصول شيء لها يقابله المال فكما جاز عليها جاز على الاجنبي والا
عتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله وكانت في مقابلة شيء يحصل له والاجنبي ليس في معناه
فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري قوله وانما يعرف قيام الحمل واضح
لان التيقن بوجود الحمل في البطن انما يحصل بذلك وقوله منه اي من وقت العتق قوله وولد الامة
من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل يعني ان الاصل ان يخلق الولد من ماء صاحب
الماء ولا معارض له فيه اي في الولد لان ماء الامة لا يعارض ماءه لان ماءها مملوك له فيكون الماء له بخلاف
امة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة وولدها من غيرها زوجها مملوك لسيدها لتعرض
المائين وترجح جانب الام بامور منها الحضانة وفيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان
يكون مرجحا لما هو قبلها ومنها استهلاك مائه بمائها لكون مائها في موضعه ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف
ماء الزوج وكان الولد من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه فقط والاول ارجح لا محالة ومنها ان الولد
ما دام جنينا فهو بمنزلة عضو من اعضائها كيدها ورجلها الى ان ينفصل حسا وشرعا اما حسا فلانه يتغذى
بغذائها وينتقل بانتقالها حتى يتعرض بالمقراض عند انفصاله منها واما شرعا فلانه يعتق بعتقها قوله والمنافاة
متحققة جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض وتقريره ان التعارض موجود لان المنافاة
متحققة فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها
فتثبت المنافاة بخلاف الولد من المولى فانه للمولى اي جانب اعتبر قوله والزوج قد رضي به جواب عما
يقال اذا اعتبر جانب الامة حتى يكون الولد مملوكا لمولاها يتضرر الاب والضرر مدفوع شرعا وتقريره
الزوج قد رضي برق الولد حيث اقدم على تزوج الامة حيث علم بان الولد يرق وفيه نظر لان العلم
بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته قوله
بخلاف ولد المغرور ظاهر وولد الحرة على كل حال لان جانبها راجح على ما ذكرنا فتبعها في وصف الحرية كما
تبعها في المملوكية والمرقوقية واما اورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان فان في
المدبر وام الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه فعلى هذا لكون قوله والتدبير وامية
الولد والكتابة كالتفسير لذلك باب العبد يعتق بعضه اي اعتاق البعض عن
اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه اولى بالتقدم واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر
ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على
ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني اذا كان المعتق واحدا او موسرا ان كان العبد مشتركا
واما اذا كان معسرا فللساكت باق كما كان حتى جاز له ان يبيع ويهب على ما يجيء وكل ما لا يتجزى فاضافته
الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله قال صاحب الميزان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزى ليس هو
ان ذات القول يتجزى او حكمه يتجزى لانه محال بل معنى ذلك ان المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزى فيتصور
ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن الكل
ام لا الاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها التي هي الرق لان المحل لا يخلو
عن احدهما فازالة احدهما يوجب اثبات الاخر وهما لا يتجزيان بالاتفاق فكذلك الاعتاق والا لزم تخلف
المعلول عن العلة او تجزي العتق لانه اذا تجزى فاما ان يثبت باعتاق البعض عتق كل الرقبة او لا يثبت
شيء او يثبت بعضه وعلى كل من الاولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الاخير يلزم تجزي العتق وصار

(في الحاشية: زوال الملك عن الكل عندهما ... عنده لا يوجب بل يوجب ... محل ... رقيقا ولكن ... بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الجميع)

الاعتاق كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد في عدم التجزي فان قلت قد تقدم ان الاعتاق عنده
انه في اسقاط كالطلاق فكيف جعله ههنا اثباتا للعتق قلت يجوز ان يكون فعل ذلك بطريق التغليب
غلب جهته على جهته فقال لهما ان الاعتاق الى اخره ولابي حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك وهو
الوصف الشرعي المطلق للتصرف او هو اي الاعتاق ازالة الملك لا اثبات العتق بازالة ضده الذي هو الرق و لا
هو ازالة الرق ليلزم عدم التجزي لان الملك حقه اي حق المعتق والرق حق الشرع لان الكافر لما استنكف
ان يكون عبد الله جازاه الله بصيرة عبد عبيده او حق العامة لان الغانمين كانوا يستحقون حق الرقيق يستحقونه
وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره وهذا كما ترى بنا لكلامه على احد امرين كلا
منهما مستقل بافادة المطلوب وتقديره الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك والملك متجز فالاعتاق كذلك
وانما قلنا انه اثبات العتق بازالة الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق تصرف وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية
المتصرف والاعتاق لا يتعدى ولاية المتصرف انما يكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته ان يكون على — وولاية المتصرف م
الملك واما ان الملك متجز فكذلك بالاجماع لكن تعلق به امر غير متجز وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزيته
ولا تجزية علته كجواز الصلاة فانه امر غير متجز تعلق بمتجز وهو الاركان وكذلك الطهارة امر غير متجز تعلق
بمتجز وهو غسل الاعضا المفروضة ولم يستلزم تجزيتها ولا تجزية علتها وهي ارادة الصلاة هذا تقرير احد
الامرين وتقدير الاخر الاعتاق ازالة الملك والملك متجز فالاعتاق ازالة متجز وازالة المتجز متجز وبيان
ذلك بما ذكرناه وهذا اسهل ماخذا ثم اذا تجزى الاعتاق بزوال بعض العتق لملك احتبس مالية نصف العبد
عنده فيجب عليه السعاية والمستسعي بمنزلة المكاتب عنده اي عند ابي حنيفة لان الاضافة اي و
اضافة الاعتاق الى البعض توجب ثبوت المالكية للعبد في الكل باعتبار العتق لانه لا يتجزى وبقا
الملك في بعضه يمنعه عن ثبوت المالكية في الكل باعتاق الرق فانه لا يتجزى فقد اجتمع في العبد ما يوجب
ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقا الملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بانزاله مكاتبا فعملنا بهما وجعلناه
مكاتبا لان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة كالمستسعي ويجوز ان يكون معناه اذ هو اي معتق البعض
مالك يدا لاجل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب ويجوز ان يكون معناه اضافة العتق الى البعض يوجب ثبوت
مالكيته في الكل كما هو قولهما وبقا الملك في بعضه يمنعه كما هو قول ابي حنيفة فقلنا انه حر يدا مملوك
رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعي كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة فلمولاه ان يستسعيه ولم له — المكاتب م
خيار الا يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق فان قيل لو كان بمنزلة الاعتاق لعاد رقيقا اذا عجز اجاب بقوله غير انه
اذا عجز لا يرد رقيقا لانه اسقاط لا الى احد والاسقاط لا الى احد ليس فيه معنى المعاوضة لانها تتحقق بين
اثنين واذا لم تتحقق فيه المعاوضة لا تقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة فانه اسقاط من المولى الى المكاتب
اقدارا على تحصيل بدل الكتابة وكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ ولا يقبل الفسخ لانه اسقاط لا الى احد
يعني بخلاف الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى احد وهو وقت ادا البدل وقوله وليس في الطلاق والعفو
حالة متوسطة جوابا عن قولهم وصار كالطلاق والعفو عن القصاص ووجهه انا لم نثبت العتق في الكل
لامكان العمل بالدليلين بوجوب حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة نصار اليها وليس في الطلاق
والعفو ذلك فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم واما الاستيلاد فهو متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من
مدبرة يقتصر عليه حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله فان قيل لو كان الاستيلاد متجزيا لاطرد في القنة — م القنة م
ايضا اجاب بانه انما لم يتجز لان المستولد ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه فكمل الاستيلاد وصار كانه استولد
جارية نفسه لان الاستيلاد عنده غير متجز قال و اذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق
وكلامه واضح وتوقف مناقشة لفظية وهي ان ابا حنيفة لا يثبت عنده شي من العتق فما وجه صحة قوله
عتق واجيب بان المراد به ثبت استحقاق العتق او زال ملك الشريك مع بقا الرق في كل العبد وقوله فالولا بينهما
يشير الى ان الاختلاف في صفة السبب بان يكون اعتاق احدهما بالا واعتاق الاخر بدونه لا ينافي ثبوت الولا بينهما
جميعا كما في الثاني يعني اذا اختار المعتق بنوع السعاية قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان — قوله م
غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الاخر والقياس فيه احد الامرين اما وجوب الضمان على المعتق موسرا
كان او معسرا لانه باعتاق نصيبه متعد على الشريك نصيبه فانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف
في نصيبه وضمان الافساد لا يختلف باليسار والاعسار واما عدم وجوب الضمان على المعتق في حال لانه
متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا ولا يلزمه الضمان وان تعدى ضرر تصرفه الى ملك غيره
الى ملك الغير كمن سقى ارضه فنزت ارض جاره او اوقد الحصايد في ارضه فاحترق شي من ملك جاره وكذا
القياس

القياس بالحديث المروي رواه نافع عن ابن عمر ومثله مروي عن عروة عن عايشة ووجه الاستدلال به انه قسم
والقسمة تنافي الشركة ووجه ابي حنيفة على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله لما قلنا يريد به قوله ولنا انه احتبس
مالية نصيبه وقوله الا ان العبد فقير فيستسعيه قيل عليه اذا سعى فالقياس ان يرجع على المعتق لانه هو
الذي ورطه فصار كالعبد المرهون فانه يرجع على الراهن بالسعي واجيب بان عتق المعتق يمنع وجوب الضمان
عليه لما كان فكذلك يمنعه للعبد والعبد انما سعى في بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على احد
بخلاف المرهون فان سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن ومن كان مجبرا على قضا
دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما في معير الرهن فان قيل ما ذكرتم وجه
ابي حنيفة فانما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل اجيب بان النبي عليه السلام قسم على وجه الشرط لانه صلى
الله عليه وسلم علق الاستسعا بفقر المعتق وهو لا ينافي الاستسعا عند عدمه لان المعلق بالشرط يقتضي
الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم فجاز ان يثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد — عند الوجود م
ذلك على ما ذكرنا من وجه ابي حنيفة وقوله ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الاخر لا يسار
الغنى وهو ملك النصاب هذا ظاهر الرواية ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن
والحسن قد روى استثناه ويعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم العتق وكذا حال المعتق
في يساره واعساره فان قال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الساكت بخلافه نظر الى بعض اصحابنا
الى الشرط يوم ظهر العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه وقوله لا يسار الغنى اشارة
الى نفي ما ذهب اليه بعض اصحابنا ان الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو اقل من — النصاب م
النصاب كان معسرا اعتبارا ليسار المعهود وقوله لانه اي يسار العتق يعتدل النظر من الجانبين جانب — التيسير م
المعتق والساكت بتحقق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه وهذا لان قصد المعتق
بالاعتاق القربة وتمام ذلك بعتق ما بقي وذلك انما يحصل بايصال حق الساكت اليه واذا ملك مقدار حصته
من المال يمكن من اتمام قصده وايصال حق الساكت اليه فلا معنى للعدول الى غيره وقوله ثم التخريج على قولهما
ظاهر يعني اذا علم ان هذه المسلة مبنية على حرفين اي اصلين بقي الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر
لان الاعتاق اذا لم يكن متجزيا كان المعتق موقعا للعتق في النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب — لم يكن م
عليه الضمان وانتفى السعاية ولا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه حالا للاصل الثاني فلو
رجع لكان عليه السعاية والولا للمعتق لان المعتق كله من جهته للاصل الاول واما التخريج على قوله
فخيار الاعتاق للشريك بناء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزيا كان ملكه في الباقي قابلا فجاز
اعتاقه واما التضمين فلان المعتق كان جانيا على نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى
الاعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة وللقايل ان يقول التضمين على مذهبه لا يعتمد على احد الاصلين
اما على الاصل الثاني فظاهر واما على الاصل الاول فلان التجزي انما يمنع ما نفا عن الضمان فلا يكون موجبا له
والجواب ان الحكمين مبنى المسالة من حيث المذهبان لا من حيث كل واحد منهما والضمان في مذهبهما معتمد
على عدم التجزي لا محالة على انا نقول ان التجزي انما لم يوجب الضمان من حيث هو تجزي يوجبه من حيثية
اخرى وهو افساد النصيب وكان معتمدا عليه في الجملة وقوله والاستسعا معطوف على قوله والتضمين
وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولنا انه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبني على الاصل الاول
الثاني ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك اي اخذ
القيمة بالاستسعا بناء على الاصل الثاني فكذا من قام مقامه كالمدبر اذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة
كان له ان يرجع بما ضمن على القاتل ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فصار كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان
يعتق الباقي او يستسعي ان شا وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعي كالمكاتب فكيف — كالمكاتب م
قبل ذلك وتقديره ان ذلك ضمني والضمنيات لا تعتبر وقوله والولا للمعتق في هذا الوجه يعني اذا ضمن المعتق
وهو ظاهر وقوله لما بينا اشارة اي قوله احتبست مالية نصيبه وقوله ولا يرجع المستسعي على المعتق ظاهر وقد
قدمناه جوابا لسوال وقوله وقول الشافعي في الموسر بيان لموضع خلاف الشافعي فانه ذكر في اول الباب مطلقا
فاحتاج الى بيانه ههنا وقوله ولا راضيا به اي بالاعتاق لان الرضى انما يتحقق بعد العلم والمولى ينفرد بالاعتاق
فلا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا وقوله فتعين ما عيناه يعني عتق ما عتق ورق ما رق وقلنا الى الاستسعا
سبيل لان الاستسعا لا يفتقر في وجوده الى الجناية كما في اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا
بل ينبني على احتباس المالية وهو موجود كما تقدم غير مرة واذا كان الى الاستسعا سبيل لا يصار الى الجمع

بين القوة الموجبة للمالكية اي صلبه من اعتاق البعض و النصف ال ليه بصحة البيع و امثاله
في نتخص واحد فان ـــــ و لو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه كلامه و اضح الا ما ينبه عليه
قوله بالعتق اي بالاعتاق قوله في زعمه اي في زعم كل واحد منهما قوله فيصدق يعني كل واحد منهما في
حق نفسه قوله لانه مكاتبه اي على تقدير الصدق قوله اي مملوكه على تقدير الكذب فهو لف و نشر
مشوش فانا تيقنا بحق الاستسعا على التقديرين لان المولى اذا كان كاذبا في قوله اعتق شريكي
نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعا هو ان يكون الكسب للمولى واذا كان صادقا في قوله
اعتق الشريك يكون متبرئا لان العبد صار مكاتبا باعتبار تجزي الاعتاق عند ابي حنيفه
فكان الاستسعا حينئذ بمنزلة بدل اخذ الكتابه و ذلك ايضا جايز قوله لان حقه في احد شيئين اي
لان حق المولى في اليسار و الاعسار في احد شيئين اي التضمين او الاستسعا قوله وقد تعذر
التضمين لانكار الشريك اعترض عليه بانه لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف فانه لما انكر يحلف
فاذا نكل وجب الضمان واجيب بانه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما انه اعتقه صاحبه يحلف ولم يجب
الضمان على تقدير الحلف فيتعين السعاية فلا فايدة في التحليف بل تتعين السعاية بلا تحليف
لان ماله اليه قوله على ما بيناه يريد به قوله لانا تيقنا بحق الاستسعا كاذبا كان او صادقا كذا في
النهايه وقيل هو اشارة الى قوله لانه مكاتبه او مملوكه و لو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه
الدار غدا فهو حر وقال الاخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا عتق النصف وسعى
لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفه و ابي يوسف لكن عند ابي حنيفه لا فرق بين ان يكونا موسرين او
معسرين او كان احدهما موسرا والاخر معسرا لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد فهي لهما في
استحقاق النصف الباقي على السواء وعند ابي يوسف ان كانا معسرين فكذلك وان كانا موسرين فلم يجب
لواحد منهما في شيء وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى في نصف قيمة الموسر منهما لان المعسر يتبرا عن
السعايه و الموسر يدعيها فان يسار المعتق عنده ايضا يمنع وجوب السعايه ووجه قول محمد فيما اذا كانا
معسرين ان المقضي عليه بسقوط حقه في السعاية و هو الحانث منهما مجهول والمجهول لا يجوز القضا عليه
فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا
بسقوط نصف السعايه لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب
الكل والجهالة ترتفع بالشيوع و التوزيع جواب عن قوله المقضي عليه مجهول فان قيل في التوزيع فساد
وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق والايجاب للمعتق اجيب بان ذلك متحمل ضرورة دفع الضرر عن
العبد وذلك لانا لو لم نقل بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع
اولى قوله و بناتي التفريع فيه قد امضيناه في اثنا الكلام قوله ولو حلف على عبدين ظاهر وكذلك
قوله واذا اشترى الرجلان الا ما نذكره قوله ولا ضمان عليه اي على الاب قوله وكذا اذا ورثا يعني
بالاتفاق وصورته امراة اشترت ابن زوجها ماتت عن اخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه
او امراة لها زوج واب ولها غلام وهو ابو زوجها ماتت المراة صار غلامها ميراثا بين زوجها و ابيها
قوله وقالوا في الشرا ايتاوه الى ما ذكر بامر الاتفاق في صورة الارث قوله وقد حلف بعتقه ان اشترى
نصفه انما قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركه الاخر لا يعتق عليه لان الشرط شرا
كل العبد ولم يوجد ووجه قولهما على ما ذكره في الكتاب ظاهر ووجه قوله ما ذكره فيه وتقديره الشريك الاخر
رضي بافساد نصيبه ومن رضي بذلك لا يضمن المفسد كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك
اي الدليل على رضاه بافساد نصيبه انه شاركه فيما هو علة علة العتق وهو الشرا لان شرا القريب
اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا والمشاركة في علة العتق رضى بالعتق لا محاله و المراد بالعلة
علة العلة لان الشرا علة التمليك و التمليك في القريب علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة
اذا لم تصلح العلة للاضافة اليها وههنا كذلك لان التمليك حكم شرعي ثبت بعد مباشرة علته بغير اختيار
بخلاف الارث فانه لا اعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة قوله وهذا ضمان افساد يجوز ان يكون جوابا
جوابا عما يقال ان كان الرضا مسقطا للضمان ان لو كان الضمان افساد واما اذا كان ضمان تملك فلا يسقط
كما لو استولد احد الشريكين الجارية باذنه فانه لا يسقط به الضمان لانه ضمان تملك اذ الاستيلاد
موضوع لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن ان يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان
ضمان تملك ووجه الجواب انه ضمان افساد في قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا
وانما

لان كل واحد منهما يتبرا عن السعاية ويدعي الضمان على شريكه لان يسار المعتق يمنع السعاية وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى في ربع قيمته للمعسر منهما لان المعسر يدعي الضمان على شريكه ويتبرا من سعاية العبد فيسقط حصته عنه والموسر يدعي السعاية على العبد فيسعى له في حصته وعند محمد رحمه الله عليه يسعى في جميع قيمته بينهما نصفين ان كانا معسرين وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء

وانما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روي عن ابي يوسف ان هذا ضمان افساد تملك فلا يختلف باليسار و الاعسار
فلا يسقط بالضمان و لا يختلف الجواب بين العلم اي بالقرابه و عدمه في ظاهر الروايه عن ابي حنيفه لان الحكم
يدار على السبب اي العله كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للامر ولا يعلم الامر بملكه و السبب قد وجد
بامره وروى الحسن عن ابي حنيفه انه فصل بين ما اذا كان عالما بالقرابه وبين ما اذا لم يكن عالما بها في حكم الضمان
لان الرضا لا يتحقق الا اذا كان عالما بها قوله وان بدا الاجنبي ظاهر مما تقدم وكذلك قوله من اشترى نصف
ابنه وهو موسر وانما قيد بقوله ممن يملكه كله لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين منه يضمن للساكت بالاجماع
قوله والوجه قد ذكرناه اشارة الى قوله لهما انه ابطل ولو انه رضي فان ـــــ و اذا كان العبد بين
ثلاثه نفر اذا كان العبد بين ثلاثه نفر دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الاخر وهو موسر فارادوا
الضمان اي فراد الا ان مريد الضمان انما هو الساكت والمدبر دون المعتق وكان المراد بالجمع التثنيه او اطلق
الجمع بطريق التغليب فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته
مدبرا ولا يضمن الثلث الذي ضمن وبيان ذلك ان قيمة العبد اذا كانت سبعه وعشرين دينارا مثلا فان
الساكت يضمن المدبر تسعة و المدبر لا يضمن المعتق سته وذلك لان قيمة المدبر ثلثا قيمة القن فهو ثمانية
عشر وثلث ثمانية عشر ستة فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التي هي نصيب الساكت
مع تلك الستة التي يضمنه اياها وهذا عند ابي حنيفه وقالا العبد للمدبر ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا
كان او معسرا قوله واصل هذا ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه
حيث امتنع عليه البيع والهبه الى اخره قوله غير ان له ان يضمن المدبر بان حصر الضمان على المدبر
بعد ما كان الاعتاق ايضا سبب ضمان وتقرير ذلك ان ضمان المدبر ضمان معاوضه وضمان المعتق
ضمان جنايه واتلاف والاصل في الضمان هو ضمان المعاوضه فلا يعدل الى غيره الا عند العجز اما ان ضمان
المدبر ضمان معاوضه فلانه يضمن ما اتلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا بذلك فالعقد
سبب الضمان موجبا لملك المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن ما اتلفه وما اتلفه كان بعد تدبير المدبر
وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير ملك المضمون وذلك خالص ضمان الجنايه واما ان الاصل
في الضمان ضمان المعاوضه فواضح فلهذا جعل الغصب ضمان معاوضه على اصلنا ومما يدل على ان ضمان المدبر
ضمان معاوضه ان من غصب مدبرا فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم ابق فلم يرجع من اباقه حتى مات كان
ذلك الكسب للغاصب قال في النهايه والمسالة في اخر باب الغصب الذي من اصول الفقه لشمس الايمة
السرخسي وانما يكون الكسب له اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند اداء الضمان فلما اعتبر ضمان المدبر وهو
غير قابل للنقل ضمان معاوضه فلان يعتبر ضمان المدبر وما اتلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضه كان
اولى قوله لانا عند ذلك ضمان مكاتب او مدبر على اختلاف الاصلين قال الامام جلال الدين المصنف هذا
غير مستقيم وكذا قوله لابد من رضى المكاتب يعني لانه عند الاعتاق ليس بمكاتب ولا مدبر وانما يصير لذلك
بعد الاعتاق والمستسعى عند ابي حنيفه وان كان بمنزلة المكاتب الا انه لا ينفسخ بالعجز ولا يتفاسخ
وانما الصحيح ان يقال لانه عند ذلك مدبر قوله على ما قالوا الاشاره على ان فيه اختلافا قال بعضهم نصف
قيمة القن لان قبل التدبير كان له فيه نوعا منفعة البيع وما شاكله و منفعة الاجارة وما شاكلها
وقد زال احدهما وهو البيع وبقي الاخر وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره
من حيث الحزر والظن والاصح ما قال له في الكتاب لان منفعة الوطي والسعاية باقيه ومنفعة البيع زايله
وقيل الفتوى على الاول قوله ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان يعني ان المدبر لما ادى ضمان نصيب الساكت
وهو ثلث قيمته فملك المدبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد وله ان يضمن قيمة ما كان
له في الاصل وهو الثلث مدبرا لان نصيبه بعد التدبير كان منتفعا به من الوجه الذي ذكرنا وفسد
بالاعتاق فيضمن وليس له ان يضمن المعتق قيمة الثلث الذي ملك على الساكت باداء الضمان لوجهين
احدهما انه ملك المضمون مستند او المستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والثاني
انه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام المدبر مقام الساكت في ذلك الثلث والساكت لا يملك تضمين
المعتق فكذلك من قام مقامه وبالوجه الثاني يندفع ما قيل على ما في الكتاب ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه
وهو موسر يضمن للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد فان ثبت له الملك مستندا او هو ثابت من
وجه دون وجه وذلك ان المدبر قام مقام الساكت باداء الضمان وليس للساكت تضمين المعتق كما ذكرنا
من تضمين تعيين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضه لكونه الاصل فكذلك من قام مقامه واما المعتق

فلما قام مقام المكاتب باداء الضمان وكان للمكاتب ولاية الاستسعاء كان للمعتق ايضا تلك الولاية قوله
بين والولاء بين المعتق والمدبر اي بين عصبة المدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق لان العبد عتق على
ملكهما على هذا المقدار فان قيل لو كان اداء الضمان يثبت ملك نصيب الاخر كان للمعتق ثلثا الولاء ايضا
لانه ادى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا اجيب بان ضمان المعتق الى المدبر ضمان اتلاف لا ضمان معاوضة
لما ذكرنا ان المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك فلم يملك المعتق شيئا يقابله ما ضمن واما المدبر فقد
ملك نصيب المكاتب عند اداء الضمان مستندا الى وقت التدبير على ما مر فصار كانه دبر ثلثيه من
الابتداء مستندا فيثبت له ثلثا الولاء ويعتق الثلث لان نصيب المكاتب بعد ما انتقل الى المدبر
لا ينتقل الى المعتق قوله لانه ضمان تملك اي لان ضمان التدبير ضمان تملك لانه تملك كسبه وخدمته
فلا يختلف باليسار والاعسار كضمان الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية فيختلف باليسار والاعسار
واعترض بان قولكم الجناية مختلف باليسار والاعسار ان اردتم به مطلق ضمان الجناية او الجناية بالاعتاق ضمانه
والاول مردود بان من كسر جرة انسان مثلا او اتلف ملكا من املاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا كان او
معسرا والثاني تحكم واجيب بان المراد به الثاني والتحكم مدفوع لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم
في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة الاخر فلا يقاس عليه غيره
لكونه على خلاف القياس قال ــــــ واذا كانت جارية بين رجلين اذا كانت الجارية بين رجلين بلغ
زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما اي يرفع عنها الخدمة يوما وتخدم المنكر يوما عند ابي
حنيفة وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة كلها لا سبيل عليها يعني للمقر
بالاستسعاء لهما انه لما لم يصدقه وتقديره ان المقر لو اقر على نفسه بالاستيلاد صح فان اضافه الى من يملكه
ولم يصدقه ذلك انقلب اقراره عليه واذا انقلب اقراره عليه صار كانه استولدها فصار كما اذا اقر
المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كانه اعتقه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه
امتنع الخدمة للمنكر لان المقر صار باقراره كالمستولد لها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع
قبل البيع فانه يجعل كانه اعتقه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لان المقر صار باقراره
كالمستولد لها ولا يمكن المنكر تضمين المقر لانه ما اقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه في
الحكم محتبسا عند الجارية فيخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت تخرج الى العتق بالسعاية
لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد اسلامها واقراره على الكفر ولابي حنيفة ان المقر لو صدق تقديره
موقوف على مقدمة هي ان الخبر ينقسم الى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على ان
صدق الخبر وكذبه راجع الى مطابقة الواقع وعدمها فالمقر اما ان يكون صادقا في اقراره او كاذبا فان
كان الاول كانت الخدمة كلها للمنكر وان كان الثاني كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو
النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه تبرأ عن جميع ذلك اما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد
واما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما يرى قوله والاقرار بامومية الولد
يتضمن اقراره بالاقرار بالنسب والاقرار بالنسب امر لازم لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا اقر بنسب صغير
لرجل وكذبه المقر له ثم ادعى المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لان النسب لا يرتد بالرد لانه النسب
فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما بان ولدت جارية بين رجلين وادعياه فاعتقها
احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده خلافا
لهما وعلى هذا الاصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهي منها انه اذا مات احدهما حتى عتقت لم
يسع للاخر عنده وعندهما يسعى ومنها اذا ولدت فادعاه احدهما يثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان
والسعاية على الولد عنده وعندهما يضمن لها نصف قيمتها لشريكه ان كان موسرا او يسعى الولد في نصف قيمته
ان كان معسرا ومنها اذا غصب ام ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما وجه قولهما في تقوم ام
الولد انها منتفع بها وطيا واجارة واستخداما بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم لان حل الوطي لا يكون الا بالملك
اليمين عند عدم ملك النكاح الا يرى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية ولولا تقومها لم يكن كذلك
فان عورض بان بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم اجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما
في المدبر وقوله غير ان قيمتها بيان لمقدار القيمة وهو واضح ولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز للتمول
للتمول ولا احراز للتمول في ام الولد لانها محرزة للنسب لا للتمول وقوله لا للتقوم معناه لا للتمول وكذلك
في قوله والاحراز للتمول لا للتقوم تابع اي ليس بمقصود لانه اذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازه للاستمتاع
بملك

يتضمن الاقرار بالنسب جواب عن قولهما كانه استولدها يعني انه اقر بامومية الولد

بملك المتعة لا لقصد التمول قوله ولهذا لا يسعى لغريم جاز ان يكون بيانا وتوضيحا لقوله والاحراز للتقوم
تابع يعني انه لو كان مقصود السعت لغريم او وارث لتعلق حق الغرماء به بعد موته لكن اللازم باطل والملزوم
كذلك وجاز ان يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم وقوله بخلاف المدبر جواب عن قولهما كما في المدبر
يعني بخلاف المدبر فانه ليس بمحرز للنسب ولهذا يتعلق به حق الغرماء قوله وهذا اشارة الى الفرق بين ام
الولد والمدبر وبيانه ان السبب فيها اي في ام الولد متحقق في الحال وهي الحرية الثابتة بواسطة الولد على ما
عرف في حرمة المصاهرة وكان ذلك يقتضي سقوط الملك والتقوم جميعا الا انه لم يظهر عمله في حق زوال الملك
ضرورة الانتفاع كما لم يظهر في زوال ملك النكاح لذلك ولا ضرورة في اسقاط التقوم فعمل فيه السبب
واما في المدبر فان السبب ينعقد بعد الموت لان قوله ان مت فانت حر تعليق محض والمعلق بالشرط
لا ينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ما عرف قوله وامتناع البيع فيه جواب عن قولهما وبامتناع
بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس ان لا يمتنع بيع المدبر الا انه انما امتنع تحقيقا لمقصوده
ولو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته قوله وفي ولد ام النصراني جواب عما قاسا
عليه وقوله قضينا بتكاتبها عليه ليس المراد حقيقة الكتابة ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه باداء القيمة
كانت في معنى المكاتبة وانما فعلنا هكذا دفعا للضرر عن الجانبين اما في حق ام الولد فلئلا تبقى تحت
النصراني وهي مسلمة واما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هي في معنى المكاتبة كان ما ادته
في معنى بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله لانه في الاصل مقابل بفك الحجر غير متقوم
فلذلك قلنا ان مكاتبتها لم يقتض تقوم ام ولد النصراني فلا يطرد ما قلنا باب عتق احد العبدين
لما فرغ من بيان عتق بعض العبد بين عتق احد العبدين وقدم الاول لان الواحد قبل الاثنين ومن كان
له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل اخر فقال احدكما حر ولنسم كلا منهما
باسم الفعل الذي اتصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا يؤمر المولى بالبيان ما دام حيا لانه هو المجمل
فيرجع في البيان اليه ويعتق الذي عينه فان بين الكلام الاول في الخارج عتق الخارج ويؤمر بالبيان
في الكلام الثاني ويعتق من عينه وان بين الكلام الاول في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني
لانه صار خبرا فلا يستحق به العتق كما لو جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر لا يعتق العبد وان بدأ بالبيان
بالكلام الثاني وقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول وان
قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني وتعين الخارج للكلام الاول فيعتق الخارج
ايضا وان مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول يعني الثابت اعيد عليه قوله احدكما حر
ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الاخرين يعني الخارج والداخل عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
كذلك يعني يعتق من الثابت ثلاثة ارباعه ومن الخارج نصفه الا في العبد الاخر وهو الداخل فانه يعتق
ربعه باعتبار الاحوال والاصل في اعتبار الاحوال في حالة الاشتباه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم بعث اناسا الى بني خثعم فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب رسول الله فلما بلغ ذلك رسول الله
عليه السلام قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان السجود منهم كان محتملا ان يكون لله تعالى
وكان محتملا اسلاما وتجب بقتلهم جميع الدية وان يكون لغير الله تعبئة من القتل على ما كان عليه عادتهم من
السجود لتعظيم عظمائهم توقيا من شرهم فلا تجب بقتلهم الدية فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه اوجب
النصف واسقط النصف وعلى هذا اصل اصحابنا فان قيل ما بال ابي حنيفة في الخنثى يعطيه اقل
النصيبين من غير اعتبار الاحوال اجيب بانه انما يجب المصير الى اعتبار الاحوال في موضع يتحقق
فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه والخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ مبلغ الرجال او النساء
لا بد ان يسلك له مسلك الذكور او تنبت له لحية وحينئذ يرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب
وهو واضح هذا اذا كان في الصحة وان كان القول منه في المرض فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب
كذلك وان لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة تقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لان العتق حينئذ وصية
والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته فنجعل اولا كل رقبة على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلاثة
الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان فكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الارباع وهي
ثلثة اسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة كان الجميع واحدا وعشرين وثلثاه اربعة
عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلاثة اسهم ويسعى
في الاربعة واما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة اسهم والداخل بسهم فكان سهام الوصايا

ستة فاذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في اربعة والثابت
يعتق منه ثلاثة ويسعى في ثلثه والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان نصيب السعاية وهو
نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة فان قيل ينبغي ان لا يعتقوا ولا سعاية عليهم اصلا اجازت الورثة
اولم يجيزوا عندهما لان الاعتاق لا يتجزى اذا صادف محلا معلوما واما اذا كان بطريق التوزيع والانقسام
باعتبار الاحوال فلا لان ثبوته حينئذ بطريق الضرورة وما كان كذلك لا يتعدى موضعها قوله ولو كان
هذا اي ولو كان هذا الكلام في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه
ومن مهر الثابتة ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه وهي مسئلة الزيادات تخرج لمحمد عليهما حيث اختلف فيها
نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسالة واحدة والثمن من الصداق بمنزلة الربع من العتاق لان المستحق
بالطلاق سقوط نصف المستحق بالعتق ثبوتا في الايجاب الثاني فقيل هذا قول محمد فلا يكون حجة عليهما
لان عندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق وفرق بان الثابت في العتق
بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق الى ايهما شاء من الثابت والخارج فما دام له حق البيان
كان كل واحد من العبدين حرا من وجه عبدا من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحا من كل وجه
لانه دائر بين المكاتب والعبد الا انه اصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا فاما الثابتة في الطلاق
مترددة بين ان تكون منكوحة وبين ان تكون اجنبية لانه ان كانت الخارجة المرادة بالايجاب الاول كانت
الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثاني وان كانت الثابتة هي المرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح
اجنبية فيلغوا الايجاب الثاني فجعلت اجنبية من وجه دون وجه فصح الايجاب الثاني من وجه دون وجه
فسقط نصف المهر وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن واما التفريعات
فمنها ما ذكرنا اول البحث اذا كان المولى والعبيد احياء ومنها اذا كان المولى حيا ومات احد العبيد فان مات
الثابت عتق الخارج والداخل اما الخارج فلان الكلام الاول اوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته
مزاحمته وكذلك الكلام الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما
واما عند محمد فانما يعتق الخارج واما عند محمد فانه يعتق الخارج لما قلنا واما الداخل فلان الثابت لما
تعين للرق بموته ظهر ان الكلام الثاني صحيح بكل حال فقوله كقولهما وان مات الداخل قيل للمولى اوقع العتق على
ايهما شئت من الخارج والثابت فان اوقعه على الخارج عتق الثابت ايضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب
الثاني وبطل مزاحمة الداخل بموته وان اوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم
اليه حر قال الامام فخر الاسلام في شرح الزيادات هذا عند محمد فاما عندهما فيجب ان يعتق الخارج
والثابت لان الكلام الثاني صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فاوجب تعينه تعين الخارج بالكلام
الاول وبطل الكلام الثاني لان المضموم اليه حر هذه تفريعات العتاق واما تفريعات الطلاق
فمنها ان الزوج اذا كان حيا والنسوة احياء واوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام الثاني وله
الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة بالثاني وان اوقعه على الثابتة لغي الكلام الثاني وان اوقع الطلاق
الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة بموتها ولكل واحد
ثلاثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان مخيرا في الاولين في الكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت
الثابتة ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة بموتها وان اوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت
الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر في مسئلة العتاق ومنها ميراث النساء وهو الربع او
الثمن يقسم بين الداخلة والاولين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاولين والنصف
الآخر بين الاولين لان احديهما ليست باولى قال ــــ ومن قال لعبديه احدكما حر كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح
خلا ان قوله لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت اورد عليه بانه لو قال لامتيه احديكما بنتي او ام ولدي وماتت
احديهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية واجيب بان هذا الكلام ليس بايقاع بصيغته بل هو اخبار
ويجوز ان يخبر بهذا عن الميت والحي فيرجع الى بيان المولى فاما الانشاء فلا يصح الا في الحي واما في مسئلتنا
فانما يتعين احديهما للحرية اذا مات الاخر لان البيان قايم بوصفين بوصف الانشاء وبوصف الاظهار وهذا
لان قوله احدكما لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت فبالنظر الى هذا يكون
البيان انشاء ومن حيث ان العتق لا يتعدد بهما كان البيان اظهارا ولهذا اعتبر البيان من جميع المال اذا كان
في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان كذلك فانه يصح البيان في محل يحتمل الانشاء فتعين الآخر
للعتق ضرورة قوله وكذلك اذا استولد احديهما يعني اذا وطي احديهما فعلقت منه لانها صارت ام ولد له
من

يجب بان زال اعتاق عندهما لا يتجزى صح

النصف صح

اوجبه

فصار قوله كقولهما

وان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاول صح

الاولين

في ضرورة صحة امية الولد واستحقاق العتق بانتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احديهما تعين في
الاخرى لزوال المزاحم قوله للعتقين يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وابقاء الانتفاع
الى موته ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والبيع المطلق عن الخيار والبيع بشرط
الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق الكتاب يعني الجامع الصغير حيث قال فيه احدهما ولم يقيده بشيء والمعنى ما
قلنا وهو انه قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه ينافي العتق فتعين الاخر له والعرض على البيع ملحق
بالبيع في المحفوظ عن ابي يوسف روى ابن سماعة عن ابي يوسف انه اذا ساوم احدهما كان بيانا يعني
لتعيين العتق في الآخر قيل مثل هذه العبارة تستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة
قوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع قبل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تاكيدا لان محمدا
ذكر في الاملاء اذا اوهب احدهما واقبضه او تصدق وقبض عتق الآخر ولان البيع الفاسد يعين الآخر للعتق وان
لم يكن قبض فكذلك الهبة والصدقة لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعيين انما يحصل بوجود
تصرف يختص بالملك وقد وجد وكذلك اذا قال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت احديهما لما بينا ان الميت لم يبق محلا
للعتق فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعين الاخرى له وكذلك لو وطي احديهما لما نبين في المسئلة التي بعد هذه
ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا تعتق لان الوطي لا يحل
الا في الملك واحديهما حرة لا ملك فيها فاذا وطي احديهما جعل مستبقيا للملك فيها ليقع الوطي حلالا حملا لامره
على الصلاح فاذا تعينت تلك للملك تعينت الاخرى لزواله بالعتق ولابي حنيفة ان الملك قايم في الموطوءة
اي في التي توطا من كل منهما واذا كان الملك قايما كان وطيها حلالا اما ان الملك قايم فلان ايقاع العتق انما
هو في المنكرة وهي اي الموطوءة غير منكرة بل هي معينة فلا يكون الايقاع فيها واذا لم يكن الايقاع فيها لا يكون
الملك عنها زايلا واما ان الملك اذا كان قايما كان الوطي حلالا فظاهر لا يحتاج الى بيان واذا كان الوطي
حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه الصفة ولهذا حل وطيهما على مذهبه وهذا في غاية الرقة وبلوغ
منه سما التحقيق الا انه لا يفتى به قيل لان المنكرة التي يثبت فيها العتق لا تخلو عنهما وهي مبنى الحل والحرمة
على الاحتياط فان قيل العتق اما ان يكون نازلا اولا فان كان غير نازل كان اهلا للفظ عن مدلوله وان
كان نازلا لا يجوز وطيهما اجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني ثم نقول العتق غير نازل
قبل البيان لتعلقه به اي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل
قبل الدخول فكذا هذا وقال على الشق الاول او نقول نازل اي العتق نازل في المنكرة فيظهر في حكم يقبله
كالبيع فان المنكر يقبله بان يشتري احد العبدين على ان المشتري بالخيار فيهما فانه يصح والوطي لا يقبله المنكر
لانه يصادف المعينة اذ هو امر حسي لا يقع الا في المعين ووطي غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطي بيانا في
الاخرى فان قيل فكيف وقع بيانا في الطلاق اجاب بقوله بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح
الولد وقصد الولد بالوطي يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطيها
قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما ان يكون المصنف اختار
جوازه او يحمل على المخلص المعروف في اصول الفقه وقد قررناه في التقرير او في تقريره فافهم ــــ ومن قال
لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة كلامه على ما ذكره واضح وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط
وذكر محمد في الكيسانيات ان هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد
منهم ولكن تحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره فان حلف فلم اقف
فاما جواب الكتاب ففي فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة
وان كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدرى ايهما اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها
ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام رقيق وان كانت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان
فالام تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما يعتق نصفها
او يعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لما ان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده
وهو ما اذا كان في طرف واحد العدم اذ لا يحكم بوجوده باليمين كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار غدا فانت
حر فمضى الغد ولا يدري انه دخل ام لا لا يعتق لانه وقع الشك في شرط العتق فكذلك هاهنا وقع الشك في
شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرف الوجود والعدم كان احدهما موجودا
لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال كما في مسئلة الكيسانيات قوله وبهذا القدر يعرف ما ذكر في الوجوه
في كفاية المنتهي قيل هي ستة اوجه فصلوها في شروح الجامع الصغير احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايهما

جواب صح

والقبض صح

ولدا اولا وهو المذكور في الكتاب اولا وجوابه على الوجه المذكور فيه ان يعتق نصف الام والجاريه وليسعيا في
النصف والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب والثاني ان تدعي الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى ذلك والجارية
صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا وجوابه ووجهه ما ذكره في الكتاب والثالث ان تدعي الام ان الغلام اول
والجاريه كبيرة ولم تدع شيا وهو المذكور في الكتاب ثالثا وجوابه ووجهه ما ذكره والرابع ان تدعي الجارية وهي
كبيرة والام ساكتة ان الغلام ولدا اولا وهو المذكور في الكتاب رابعا وجوابه ووجهه والخامس ان يتصادقوا ان
الجاريه هي التي ولدت اولا والجواب انه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق والسادس ان يتصادقوا ان الغلام
ولد اولا والجواب ان الام تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجاريه تبعا للام والغلام عبد لان الغلام قد انفصل
عن الام في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فيه ولعل المصنف لم يذكرهما
في الكتاب لظهورهما قال ــــــ واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه الشهادة على طلاق احدى
نسائه جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى اعتاق احد عبديه كذلك عندهما وعند ابي حنيفة هي باطلة الا ان
يكون في وصية استحسانا على ما نذكره واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده
وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وانما اختلف
الحكم على هذا الطريق بناء على ان العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما وجه قولهما
انه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز ان يحلف به ويصح ايجابه في المجهول وكل ذلك دليل على
كون العتق حق الشرع ووجه قوله ان الاعتاق اثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك
حق العبد لا محالة هذا هو المشهود به ولا معتبر لغيره لكونه من ثمراته فيما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة
فيه بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع تقبل بدونها وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق فلذلك
تقبل فيها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق من حقوق الشرع فكان الشهادة فيه
كالشهادة بهلال رمضان فان قيل لو كان كذلك لاكتفي بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر الديني
ولما قبلت الشهادة على عتق امة هي اخت مولاها من الرضاعة اذا جحدته اذ ليس فيها تحريم الفرج لان تحريمه ثابت بحكم
الرضاع قبل شهادتهما بالاعتاق اجيب عن الاول بان خبر الواحد حجة في الامر الديني اذا لم تقع الحاجة الى الزام
المنكر وههنا وقعت وعن الثاني بان فيه معنى الزنا لان فعل المولى قبل العتق لا يوجب الحد وبعضه يوجبه
لكون بضعها مملوكا للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطيها بالمحرمية الا ترى انه جاز له ان يزوجها ويدل بضعها يكون
له واذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج واذا ثبت الاصل تبين فيه وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله واذا كان
دعوى العبد شرطا عنده اي في المسيلة قوله لان الدعوى من المجهول لا تتحقق قيل عليه اذا ادعيا
ذلك وجب ان تقبل البينة لان الدعوى حصلت من معين واجيب بان صاحب الحق احدهما لا بعينه فدعواهما
دعوى غير صاحب الحق وبان الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة لان الشهادة على احد العبدين
لا على العبدين قوله ولو شهد انه اعتق احدى امتيه كصورة نقض على ابي حنيفة لان الدعوى ليست
بشرط في حق الامة ولم تسمع البينة ههنا ووجه دفعه ما ذكره بقوله لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن
تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه يعني قوله ان الملك قائم
في الموطوءة الى قوله ولهذا احل وطيها ومعنى قوله انه يتضمن تحريم الفرج ان العتق اذا حصل استلزم ان يكون
الوطي بعده زنا واعترض بان عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك ايضا حق الله تعالى
فوجب ان تستغني الشهادة فيه عن الدعوى والجواب ان الازم عتقها من اعظم الكباير والازم عتقه لم ينص
عليه الشرع فضلا عن ان يكون من الكباير فلا تسوية بينهما خطا قوله اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض
موته بيان قوله الا ان يكون في وصية استحسانا قوله لان التدبير حيث ما وقع وقع وصية يعني سواء وقع
في حال الصحة او حال المرض وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف احدهما ان التدبير مطلقا والعتق في المرض وصية
والخصم في الوصية انما هو الموصي لانه تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعيا تقديرا وعنه خلف وهو الوصي
او الوارث فتقبل الشهادة والثاني ان العتق شاع بالموت فيهما لانه اوجب العتق في احدهما في حال عجزه عن
البيان فكان ايجابا لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولم يذكر وجه القياس وهو ان
المقضي له مجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق لظهوره مما تقدم ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر
قال الامام فخر الاسلام لا نص فيه واختلف مشايخنا قال بعضهم لا تقبل لانه ليس بوصية حتى يكون الخصم هو
الموصي وهو معلوم قال بعضهم تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكان دعواهما
صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة باب الحلف بالعتق ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك والحلف

الحلف

الحلف بالعتق هو ان تجعل العتق جزاء الشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية اخر التعليق عن التنجيز قوله
ومن قال اذا دخلت الدار ظاهر واعترض عليه بانه يجب ان لا يعتق عليه ما يشتريه بعد اليمين وان قال يومئذ
لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه
ثم دخل فانه لا يعتق لذلك واجيب بانه وجد الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك لي يومئذ معناه ان ملكته
مملوكا قبل دخولي الدار فهو حر بخلاف تلك المسيلة لانه لم يوجد الاضافة فيها لا صريحا ولا دلالة قوله لما قلنا يريد
به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول قوله لان قوله كل مملوك لي للحال قبل لان اللام للاختصاص
والاختصاص انما يكون لمملوك له في الحال اذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو وغيره سواء قوله ومن قال كل
مملوك لي ذكر جزء ذكر طاهر ومعناه ان المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل لما ذكره
في الكتاب قوله وفايدة التقييد بوصف الذكوره انه لو قال كل مملوك لي يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا بناء على
ان هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبر وامهات الاولاد حتى لو قال كل مملوك لي يدخل الحامل
فيدخل الحمل تبعا بناء على ان هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبر وامهات الاولاد حتى لو قال
نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد
غد وله مملوك فاشترى مملوكا اخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لا الذي اشتراه بعده قوله
فان ملكه حر بعد غد ظرف لعتق له حرا لقوله املكه للحال قوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لانه المقصود قوله لان
قوله املكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبر ان ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية به وهذا التقرير يخالف
رواية النحو وهي انه مشترك بين الحال والاستقبال وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب
النهاية وقال بعض الشارحين لا نسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لا يدل على ان كونه للاستقبال ليس بحقيقة
لان المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليها على سبيل البدل ويترجح احدهما بالدليل اذا وجد
وقد وجد ههنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارض المستقبل المعدوم واقول قول المص
وكذا يستعمل له من غير قرينة يابى قول هذا الشارح لان المشترك لا يستعمل في احد المعنيين بعينه الا بقرينة
وليس النحويون مجمعين على ان المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى انه حقيقة في الاستقبال مجاز
في الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان الجزاء حرية
المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال
كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى اخر فالذي كان عنده مدبر مطلق والاخر ليس بمدبر مطلق
بل هو مدبر مقيد جاز له ان يبيعه وان مات عتقا من الثلث مشتركين فيه وقال ابو يوسف في النوادر يعتق
ما كان في ملكه يوم حلف بطريق التدبير ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه لان اللفظ حقيقة للحال على ما بينا وهو
مراد فلا يجوز ان يكون غيره مرادا على اصلنا ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصا اما انه ايجاب عتق فبقوله كل مملوك
املكه اولي فهو حر واما انه ايصا فبقوله بعد موتي ولهذا اعتبر من الثلث واذا كان كذلك ففي الوصايا تعتبر الحالة
المنتظرة اي المتربصة والحالة الراهنة اي الحاضرة سميت بالراهنة لان الرهن هو الحبس والمرء محبوس
فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها كذا في الزوج الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية
وفي الوصية لاولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها ومن يولد بعدها اذا عاش الى وقت موت الموصي
والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فهذا الكلام من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد
المملوك اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الايجاب مضافا الى الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث
هو ايصا يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت فيصير مدبرا بعده ولا
يصير مدبرا قبله كالذي كان في ملكه لانه لم يتناول الكلام حالة التملك لا من حيث الايجاب لعدم الاضافة
الى الملك والى سببه ولا من حيث الايصا لانه يكون عند الموت فكان حال التملك استقبالا محضا
لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبرا حال التملك وانما عند الموت اذا كان موجودا في ملكه يصير كانه قال
كل مملوك لي او املكه فهو حر لدخوله حينئذ تحت الحالة المتربصة فيصير مدبرا لكون العتق في المرض
وصية بخلاف قوله كل مملوك املكه اولي فهو حر بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق
وليس فيه ايصا والحالة محض استقبال لا يتناولها الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه فان قيل
وعلى هذا قوله والايجاب انما يصح مضافا الى الملك معطوف على قوله وفي الوصايا بمعنى لا ان يكون جوابا
سوال مقدر كما ذهب اليه بعض الشارحين قال وهو ان يقال ينبغي ان لا يتناول الايجاب المشترى
اصلا لا في الحال ولا في المال لان التناول انما يكون مضافا الى الملك والى سببه وليس احدهما في حقه موجود

في جوابه بان نتاوله باعتبار الايصال الا ايجاب الحالي قوله ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال اشارة
الي جواب ابي يوسف ولعله اراد بقوله السببين مختلفين ايجاب عتق ووصية الا لفاظ الدالة علي ذلك
من طرفي الكلام لان الحقيقة والمجاز من صفة اللفظ وفيه نظر لانه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد
ان كان المراد ايجاب عتق في الحال او كونه ايضا فقط كان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام
تدبير والتدبير حيث ما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في
ملكه وما يوجد عند الموت واما ما بينهما فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبرا حتي يموت لعله كان
اسهل تاتيا واسهل من الاعتراض باب [illegible] الجعل بالضم ما جعل للانسان من شي علي شي يفعله
وكذلك الجعالة بالكسر وانما اخر هذا الباب لكون المال غير اصيل في باب العتق ومن اعتق عبده علي مال
اي مال كان من عروض او حيوان او غيرها مثل ان يقول انت حر علي الف درهم او بالف درهم او علي ان لي عليك
الفا او علي الف يوديها او علي ان تعطيني الفا او علي ان تجيئني بالف فقبل العبد عتق ساعة قبوله لا يقال كلمة
علي للشرط فيكون العتق معلقا بشرط اداء الالف كما لو قال ان اديت الي الفا لا ما قيل انها انما تكون للشرط
اذا دخلت فيما يكون علي خطر الوجود وذلك في الافعال بل لما قيل لان الكلام فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض
لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال وانما تعتق العبد بقبوله لانه معاوضة المال بغير
المال اذ العبد لا يملك نفسه دليل علي كونه معاوضة بغير مال وهو يحتمل وجوها احدها العبد لا يملك نفسه من حيث
المالية لانه مال فلا يملك المال واذا لم يملكه كان ما بدله من العوض في مقابلة ما ليس بمال وليس بشي لان المولي يملكه فكان
ما بدله في مقابلة المال والثاني العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة الي نفسه لكونه مبقي علي اصل الحرية
بالنسبة اليه ولهذا صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما واذا كان كذلك سقط ملك المولي في ذاته
بالاعتاق او ببيع نفسه منه فكان ما بدله في مقابلة ما ليس بمال ذكر هذين الوجهين في بعض الشروح
وهذا ايضا ليس بشي لان العبد مال بالنسبة الي مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة الي نفسه فكان ما بدله في مقابلة
مال عند المولي والثالث ان العبد لا يملك نفسه لهذا العقد لكونه اسقاطا فلم يدخل به في يده شي من المال غاية
ما يقال انه ثبت له به قوة شرعية وهي ليست بمال لا محالة فكان ما بدله في مقابلة ما ليس بمال بل هو قوة شرعية
وهذا اقرب منها واذ ثبت انه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا
قبل صار حرا وان رد او اعرض عن المجلس بالقيام او بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل فاذا قبل صار ما
شرط دينا عليه حتي يصح الكفالة به لانه دين صحيح بخلاف بدل الكتابة حيث لا يصح به الكفالة لانه ثبت
مع المنافي وهو قيام الرق فكان ثبوته علي خلاف القياس اذ القياس ينفي ان يستوجب المولي علي عبده
فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولي اقتصر علي موضع الضرورة
ولم يتعد الي الكفالة قوله واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد يعني في قوله ومن اعتق عبده علي مال
وقوله قام مقام النكاح يعني اذا اشتمل ذلك جاز ان يثبت الحيوان دينا في الذمة ههنا كما جاز ذلك في تلك
العقود وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه علي مائة قفيز حنطة
ولا يضره جهالة الوصف بان لم يقل انها جيدة او ردية ربيعية او خريفية فان جهالة الوصف لا تمنع صحة
التسمية لكونها يسيرة ولو علق عتقه باداء المال صح لان هذه الصيغة اعني قوله ان اديت الي الف
درهم فانت حر صيغة التعليق فيتعلق عتقه باداء المال كالتعليق بساير الشروط ولهذا لا يحتاج
فيه الي قبول العبد ولا يرتد برده وللمولي ان يبيعه قبل الاداء كما في التعليق بساير الشروط قوله من غير ان
يصير مكاتبا يعني لا يثبت احكام المكاتبين حتي لو مات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يودي عنه ولو مات المولي
فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من الكسب ولو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها ولو حط المال
او ابراه المولي لم يعتق ولو كان مكاتبا لكان الحكم علي عكس ما ذكر في الجميع قوله ومراده التجارة يعني من
الترغيب في الاكتساب لانها هي المشروعة عند الاحتياج دون التكدي لانه بذل المرء وتخسيسه قوله
انه يعني المولي ينزل قابضا بالتخلية برفع المانع سواء قبض او لم يقبض وليس المراد بالاجبار ما هو المفهوم
منه عند الناس من الاكراه بالضرب او الحبس قوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا احتراز عن الكتابة
فانها ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك علي كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي
لعدم الفاظ الشرط فيه قوله ولهذا لا يتوقف علي قبول العبد توضيح لكونه تصرف يمين قوله ولا
جبر علي مباشرة شروط الايمان متصل بقوله لانه تصرف يمين قوله لانه لا استحقاق [illegible] لا جبر الا باستحقاق
ولا استحقاق قبل وجود الشرط ولهذا امكنه البيع قبل الاداء قوله بخلاف الكتابة متصل بقوله اذ هو تعليق العتق
بالشرط

دون الاعيان لان بعض العقود المذكورة دخلت علي الافعال

قوله لان العبد لا يملك نفسه

[illegible]

بالشرط لفظا قوله لانه اي لان عقد الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب فكان الجبر بعد الاستحقاق ولنا انه
تعليق نظرا الي اللفظ كما ذكرنا ولنا انه معاوضة نظرا الي المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه
علي دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولي المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق
في مثل هذا اللفظ بان يقول ان اديت الي الفا فانت طالق حتي لو طلقها بهذه الصفة كان باينا فجعلناه
تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولي حتي لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه
ولا يسري الي الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء دفعا للغرور عن العبد فانه تحمل
المشقة في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر علي القبول فان قيل لا يمكن جعله معاوضة
اصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك المولي لانه قبل الاداء عبد وهو وما في يده لمولاه اجيب
بانه يثبت عند الاداء معني الكتابة من الوجه الذي بينا يثبت شرط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد
احق بالمودي فيثبت هذا سابقا علي الاداء متي وجد الاداء وصار كما اذا كاتب عبده علي نفسه وماله وكان
اكتسب مالا قبل الكتابة فانه يصير احق بذلك المال حتي لو ادي ذلك عتق كذا في النهاية وغيره منسوبا
الي مبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين احدهما ان ثبوت معني الكتابة هو المعارض فلا بد من اثباته
والثاني ان حصول شرط صحة الشي عبارة لا يقتضي صحته فضلا عن حصوله اقتضاء ولعل الصواب
في الجواب ان يقال لما صحت الكتابة والمعني الذي ذكر ثم قايم فيها وهي معاوضة ليس فيها معني التعليق
فلان يصح العتق علي مال وفيه معني التعليق اولي فيكون ملحقا بالكتابة دلالة قوله فعلي هذا اي علي
العمل بالشبهين يدور المعني الفقهي وتخرج المسايل المتعارضة يعني ان قوله ان اديت الي الف درهم فانت
حر الحق في بعض الاحكام بمحض التعليق وهي ما ذكرنا من مسايل القياس من تمكنه من البيع وغيره والحق
في بعضها بالكتابة من جبر المولي علي القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الي المقصود عملنا
بالشبهين يشبه التعليق في حالة الابتداء وشبه المعاوضة في حالة الانتهاء كما في الهبة بشرط العوض
فانها هبة ابتداء حتي لم تجز في المشاع واشترط القبض في المجلس وبيع انتهاء حتي لم يتمكن الواهب من الرجوع
ووجبت الشفعة في العقار ويرد بالعيب ولو ادي البعض يجبر علي القبول لان الذي اتي به بعض
تلك الجملة فاذا ثبت الاجبار علي قبول الكل ثبت في البعض كما في الكتابة وهذه رواية الزيادات
وقيل هو استحسان وما ذكر في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله انه لا يجبر علي قبول البعض لانا لما جعلنا معني الكتابة
عندنا يثبت من حيث انه عتق بمال اداه الي المولي وانما يعتق باداء الجميع فما لم يوجد اداء جميع المال
لا يثبت معني الكتابة وهو القياس الا انه باداء البعض لا يعتق ما لم يود الكل لعدم الشرط كما اذا حط
البعض وادي البعض الباقي لان الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما اذا لم يوجد كله واذا
حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا بخلاف الكتابة لان المال هناك واجب علي المكاتب فيتحقق
ابراؤه عن الكل او البعض ولو ادي الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولي عليه وعتق اما الرجوع عليه
بالف اخري مثلها فلان الالف التي اداها كانت مستحقة من جانب المولي فلا يحصل المقصود باداية
لان مقصوده ان يحثه علي الاكتساب ليودي من كسبه فيملك المولي ما لم يكن في ملكه قبل هذا وهذا ليس
كذلك واما انه عتق فلوجود شرط الحنث لما ان كون الالف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث
كما لو غصب مالا وادي اداه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر علي المجلس وهذا ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف انه لا يقتصر عليه كما في التعليق بساير الشروط ووجه الظاهر ما ذكره بقوله لانه تخيير يعني
تخيير العبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالتخيير بمشية العبد اذا قال انت حر ان شيت فان قيل
قد تقدم انه يصير ماذونا له في التجارة فكيف يكون الاداء مقتصرا علي المجلس اجيب بان الاذن يكون
في صورة اذا اديت او متي اديت فان الاداء فيهما لا يقتصر علي المجلس ويجوز ان يقال لا تنافي بينهما لجواز
ان يكون ماذونا بالتجارة مقتصرا علي المجلس يتجر فيه ويودي المال قبل الافتراق بلا بد اي ومن قال
لعبده انت حر بعد موتي علي الف درهم فالقبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الايجاب فصار كما اذا
قال انت حر غدا بالف درهم لانه اضاف ايجاب حقيقة الحرية الي زمان والقبول متاخر اليه لئلا يقع
قبل الايجاب بخلاف ما اذا قال انت مدبر علي الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب
التدبير في الحال علي ما سيجي فيكون القبول كذلك الا انه لا يجب المال مع قبوله لقيام الرق اذ التدبير
موجب حق الحرية لا حقيقتها فيكون الرق قايما والمولي لا يستوجب دينا علي عبده بخلاف ما لو اعتقه علي
مال لانه يثبت به حقيقة الحرية والمال يجب علي الحر والمولي قد يستوجب مالا علي معتقه فان قيل لما لم يجب

عند الاداء

اي اللفظ ومعاوضة نظرا الي

عنه سواء ابراؤه

لان هذا الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الي ما بعد الموت وكل ما هو كذلك يقتضي ان يكون القبول بعد الموت

المال في المدبر علي الالف ما الفايدة في تعليق التدبير بالقبول اجيب بانه بيان انه يقبل التعليق بالقبول
كالطلاق والعتاق وان لم يجب المال قوله فالو اعتق الي الخ لا يعتق في مسيلة الكتاب اي الجامع الصغير
وهي قوله انت حر بعد موتي علي الف درهم وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث او الوصي او القاضي
لان الميت ليس باهل للاعتاق في ذلك الوقت قال المصنف وهذا اي قولهم انه لا يعتق مالم يعتقه الوارث
صحيح بناء علي انه ايجاب مضاف الي ما بعد الموت واهلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت
بالموت بخلاف التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده كما
لو قال ان دخلت الدار فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسيلة الكتاب والتدبير بوجه اخر
وهو انه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفي مثل هذا لا يعتق الا باعتاق
الوارث لانتقال العبد الي ملك الوارث قبل القبول كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر بخلاف المدبر
لان عتقه معلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل انت مدبر علي الف درهم معناه انت
حر بعد موتي علي الف فتكون كمسيلة الكتاب معني فينبغي ان يكون الايجاب في مسيلة الكتاب في الحال حتي
يشترط القبول ايضا فيه اجيب بان هذا يمين من جانب المولي حتي لا يتمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر
اللفظ وليس في قوله انت مدبر علي الف اضافة الحرية الي ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده قال
ومن اعتق عبدا علي خدمته اربع سنين ومن قال لعبده انت حر علي ان تخدمني اربع سنين فقبل العبد عتق
قوله وفي مسيلة الكتاب اضافة لفظا الي ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده صح
فلومات من ساعته فعليه قيمة نفسه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وهو قول ابي
حنيفة الاول عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلان الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضا
قوله وكل ما جعل عوضا عن العتق صح
عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لانه الحكم في الاعواض كلها وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه
عتق ولزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا لحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا اصلحت صداقا مع ان
الله تعالي شرع ابتغا الابضاع بالاموال حيث قال تعالي واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم
باموالكم فصار كما اذا اعتقه علي الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء علي خلافية اخري وهي ان
من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولي علي العبد بقيمة نفسه
عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي اي مسيلة بيع نفس العبد منه بجارية اذا استحقت معروفة
في طريقة الخلاف وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا باس بذكر ذلك
وجه قول محمد ان الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة
بموته فوجب تسليم قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل مال لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر
تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن تسليمه لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم
قيمته لامكان ذلك هذا في المبني ولقايل ان يقول هذا مناقض لما قال المصنف في اول الباب
انه معاوضة مال بغير مال لان العبد لا يملك نفسه والجواب ان الاعتاق علي مال معاوضة
مال بغير مال من وجه كما ذكرنا وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتي صح باي مال كان كما تقدم
ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر الي مولاه وشابه بذلك بيع عبد بجارية فانه اذا مات العبد
وفسخ العقد علي الجارية يلزمه قيمة العبد علي ما يذكره واما المبني عليه فوجه محمد ان هذا ابدل
ما ليس بمال وهو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفا البدل وليس للمبدل
وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه قولهما ان الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب
تسليم قيمته كما اذا تبايعا عبدا بجارية ثم مات العبد فتفاسخا العقد علي الجارية يلزمه قيمة
العبد قوله وكذا موت المولي يعني ان موت المولي في هذه الصورة كموت العبد فصار نظير المسيلة
فيكون الحكم فيهما سوا قوله ومن قال لاخر اعتق امتك علي الف درهم علي لم يذكر في بعض النسخ
علي اكتفا بدلالة علي علي الوجوب وذكر في بعضها للتاكيد والمسيلة ظاهرة قوله وقد قررناه من قبل
يعني في الخلع في مسيلة خلع الاب ابنته الصغيرة علي وجه الاشارة والفرق ان الاجنبي في باب
الطلاق كالمراة في عدم ثبوت شي لها بالطلاق اذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير فكما
جاز التزام المراة بالمال فكذلك الاجنبي بخلاف الاعتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة
حكمية لم يكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك وليس للاجنبي كالعبد حيث لا يثبت له شي اصلا فكان
اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن علي غير المشتري فلا يجوز قوله ولو قال اعتق امتك عني بالف
درهم والمسيلة بحالها اي بحالها علي ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه قسمت الالف علي قيمتها

ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر وما اصاب المهر بطل عنه والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح قوله
علي ما عرف يعني في اصول الفقه وفيه شبهتان احدهما ان هذا البيع فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف
لو قسم عليها وعلي منافع بضعها وهو فاسد ولانه ادخال صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع
الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب ان لا يقع العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه
ابن ادم والثانية ان البيع اذا كان فاسدا وجب فيه العوض يجب قيمة المبيع كاملة والقول بما
يخصه من الثمن انما هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فان
البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما سياتي واجاب الامام شمس الايمة السرخسي عن الاول بان
الامة ينتفع بهذا الاعتاق من هذا الوجه فيصير قابضة نفسها اذ لا قبض وادني القبض يكفي في البيع
الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة والامام فخر الاسلام عن الثانية بان البيع مدرج في
الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه
من الثمن قوله فلو زوجت نفسها منه يعني في المسيلتين لم يذكره محمد في الجامع الصغير وجوابه اما ما اصاب
قيمتها سقط في الوجه الاول وهو ما اذا لم يقل فيه عني لعدم صحة الضمان وبقي للمولي اي حصة القيمة للمولي
في الوجه الذي قال فيه عني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا للامة في الوجهين باب التدبير
ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع في الحياة ظاهر التناسب والتدبير في اللغة
هو النظر الي عاقبة الامر وفي الشريعة ايجاب العتق الحاصل بعد موت الانسان بالفاظ تدل عليه صريحا
كقوله دبرتك او انت مدبر او دلالة كقوله اذا مت فانت حر او انت حر بعد موتي او في موتي وكقوله
اوصيت لك بنفسك او برقبتك او بعتقك او بثلث مالي وحكمه انه لا يجوز اخراجه عن ملكه الا الي الحرية
كما في الكتابة فاذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق ثلثه وسعي في ثلثيه وقال الشافعي
يجوز بيعه وهبته لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في ساير التعليقات
من دخول الدار ومجي راس الشهر وغيرهما وكما في المدبر المقيد فان ذلك جايز فيه بلا خلاف ولان التدبير
قوله ولا يوهب صح
وصية حتي يعتبر من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو اوصي برقبته ولنا
ولنا قوله صلي الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث رواه نافع عن ابن عمر ولانه اي التدبير
سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت فلا بد لها من سبب ولا سبب غيره ثم اما ان يكون سببا في الحال او
بعد الموت لا جايز ان يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهلية فلا يمكن تاخير السببية اليه ولانه في الحال موجود
وبعد الموت معدوم لكون كلامه عرضا لا يبقي فتعين ان يكون سببا في الحال واعترض علي المصنف بان هذا
الكلام متناقض لما ذكر في ازباب العبد يعتق بعضه حيث قال في المدبر ينعقد السبب بعد الموت واقول
قوله ثم جعله
قوله ثم جعله سببا في الحال اولي يدل علي ان تسبيبها في الحال وان كان المذهب عند اصحابنا ليس فيحمل ما ذكره
هناك علي غير الاولي فيندفع التناقض ويكون قد اطلع علي رواية من اصحابنا انه يجوز ان يكون سببا بعد الموت
قوله بطنين صح
او اختار جوازه باجتهاده وجعل ما ذهب اليه الاصحاب اولي فان قيل في التدبير تعليق وليس في التعليق
شي من السبب ثابتا في الحال وانما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف ساير التعليقات لان
المانع من السببية قايم فيه قبل الشرط واعلم ان في كلام المصنف غموضا لا ينكشف علي وجه التحصيل الا
بزيادة بيان فلا بد منها فنقول المانع هو ما ينتفي به الشي مع قيام مقتضيه وكل ما ينافي اللازم ينافي الملزوم
قوله وهو ثم في قول الشافعي كما في ساير التعليقات اجيب بقوله بخلاف ساير التعليقات صح
واذا ظهر هذا فلنا القياس يقتضي ان يكون ساير التعليقات اسبابا في الحال لكن المانع عن السببية فيها في الحال
وهو صفة كون تصرف التعليق يمينا قايم لان اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم فان المقصود من
اليمين هو المنع عن تحقق الشرط وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم
الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق والعتاق واليه اشار بقوله وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وما كان مانعا
للحكم لا يمكن ان يكون سببا له فصفة كون تصرف التعليق يمينا يمنع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق
والعتاق فان قلت قد يكون اليمين يعقد للحمل كما في قول الرجل ان لم تدخلي الدار فانت طالق وقد نص
في الكتب ان اليمين تعقد للمنع او للحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وانه بعض الحصر عند البلغا
قلت لا يعقد باليمين الا منع الشرط والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود المنع منه ويلزمه الحمل فان
قلت التدبير يمين او ليس بيمين فان كان يمينا وجب ان لا يكون سببا لقيام المانع علي ما قررتم وان لم يكن
يمينا لم يستقم قوله بخلاف ساير التعليقات اذ الساير بمعني الباقي قلت ليس بيمين لتعلق عتقه بامر
كاين بخلاف ساير التعليقات واستقامة اطلاق ساير التعليقات بطريق المشاكلة ان لم يكن اليمين

احص من التعليق ويرد عليه انت طالق اذا جا غد فانه تعليق بامر كاين وليس بسبب في الحال والجواب
انه اضافة لا تعليق قوله وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية فرقا بين التدبير وساير
التعليقات ووجهه ان التدبير لا يمكن فيه تاخير السببية الى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفا التعليق
اهلية الايجاب حينيذ واما في ساير التعليقات فتاخير السببية فيه الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية
عنده فان قيل قد اعترضنا بان قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند
وجود الشرط اذا لم يكن التعليق ابتدا كان باطلا لان الاهلية كما ذكرتم في صورة المجنون واما اذا كان
فلا نسلم ان الاهلية اذ ذاك غير شرط قوله ولانه وصية والوصية خلافة في الحال فرقا اخر بينهما وتقريره
التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة في الحال لان الموصي يجعل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد
الموت كالوراثة فاذا هي سبب الخلافة في الحال واعترض بانه لو كان وصية لبطل اذا قتل المدبر سيده
لان الوصية للقاتل لا تجوز وان كان الجرح قبلها او بعدها ولجاز البيع لان الموصي يجوز له بيع الموصى به
ويكون رجوعا عن الوصية وليس الامر كذلك والجواب عنهما جميعا ان ذلك اي وصية لم يكن على وجه التعليق
لانها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك ان بطلان الوصية بالقتل وجواز
البيع وكونه رجوعا انما يصح في موصى به يقبل النقض والبطلان والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك قوله
وابطال السبب لا يجوز تتمة الدليل متصل بقوله ولانه سبب الحرية وما بينهما لاثبات هذه القضية
وتركيب المقدمتين هكذا التدبير سبب الحرية وسبب الحرية لا يجوز ابطاله وفي البيع ما يثبت به
من الهبة والصدقة والامهار كذلك اي ابطال سبب الحرية فلا يجوز قال وللمولى ان يستخدمه
ويواجره التدبير لا يثبت الحرية في الحال وانما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا ولهذا لو قال
كل مملوك لي فهو حر دخل فيه المدبر واذا كان كذلك فللمولى ان يستخدمه ويواجره وان كانت امة وطئها
وله ان يزوجها ولان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا
يعني من حديث ابن عمر وهو قوله عليه السلام وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا
الى ما بعد الموت ولا نعني بالوصية الا ذلك والحكم يعني العتق غير ثابت في الحال لانه يفيد استحقاق الحرية
كما ذكرنا انفا وكل وصية تنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي قيمته وان كان على المولى
دين يسعى في كل قيمته لان الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته قوله وولد
المدبرة مدبر هذه هي النسخة الصحيحة ووقع في بعض النسخ وولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان ولد المدبر
اما ان يكون من امة او غيرها فالاول رقيق لمولاها والثاني يتبع الام في التدبير والكتابة وغيرهما دون الاب
واما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك اجماع الصحابة وخوصم الى عثمان في اولاد مدبرة فقضى بان ما ولدته
قبل التدبير عبيد تباع وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع وكان بحضرة الصحابة ولم ينقل عن احد خلاف
قوله فان علق التدبير بموته بيان للمدبر المقيد وهو ان يعلق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت
من مرضي او سفري او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفات
فربما يرجع من ذلك السفر ويبرا من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو
كاين لا محالة وتحقيقه يستدعي ما قدمناه وهو ان المعلق به اذا كان على خطر الوجود فكان بمعنى اليمين وقد
عرفت ان صفة كونه يمينا يمنع عن السببية واما اذا كان امرا كاينا لا محالة لم يكن في معنى اليمين فكان سببا في الحال
قيل اذا لم ينعقد السبب في الحال ففي اي وقت ينعقد ان انعقد بعد الموت فليس بحال اهلية الايجاب وان
انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب انه موقوف فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر
من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في اخر جزء من اجزا حياته لتحقق تلك الصفة حينيذ وان عاش بطل
التدبير ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين لما قلنا لعين تدبيره قوله للتردد في تلك
الصفات بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكاين لا محالة وهذا الذي
ذكره رواية الحسن عن ابي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه ابو الليث في نوازله لو ان رجلا قال لعبده انت حر
الى مائتي سنة قال ابو يوسف هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم انه لا يعيش
الى تلك المدة فصار كانه قال اذا مت فانت حر ثم لو قال مات قبل السنة في الاول وقبل عشر سنين في الثاني
عتق ولو مات بعدهما لم يعتق لانه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد
باب الاستيلاد عقبه بالتدبير لما بينهما من حيث ان لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها
والاستيلاد طلب الولد وام الولد من الاسما الغالبة كالصعق في الصفات الغالبة اذا ولدت الامة من مولاها

كما تقدم والجواب ان قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط مح

فقد

فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها لقوله عليه السلام لما ولدت مارية رضي الله عنها ابراهيم
من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل له الا تعتقها اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه
وهو حرمة البيع لان الحديث وان دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ما روي عن ابن عباس ان رسول الله
عليه السلام قال ايما رجل ولدت امته منه فهي معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث
الاول والتنجيز بالحديث الثاني لان بقاء محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا يرتفع الا بيقين مثله وخبر
الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة على عتقها من المشاهير وقد انضم اليها الاجماع اللاحق
فرفعها ولان الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن
التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة وهي تمنع بيعها وهبتها لان بيع جزء الحر وهبته حرام فان قيل
لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لان الجزئية توجبه ولستم قايلين به اجاب بقوله الا ان بعد الانفصال
يعني ان الولد انما يعلم بعد الانفصال وبعد الانفصال لا يبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب لا حقيقة
فاوجب حكما موجلا الى ما بعد الموت فتلقا ضد المعقول بالمعقول في اثبات حكم موجل الى ما بعد الموت
وهو العتق فيحرم بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها فان قيل لو كانت الجزئية باقية حكما لعتق من ملكته ام امته
التي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك اجاب بقوله وبقا الجزئية حكما ومعناه ان بقا الجزئية حكما عبارة
عن اثبات النسب والاصل في اثبات النسب هو الاب لان الولد ينسب اليه والام ايضا بواسطة الولد
يقال ام ولد فلان فكذلك في الحرية فيثبت في حقهم لا في حقهن قوله وكذا اذا كان بعضها مملوكا يعني لو كانت
الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها احدهما كانت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى لانه فرع
ما لا يتجزى وهو النسب فيعتبر باصله فان قيل فقد ذكر في باب العبد يعتق بعضه ان الاستيلاد
متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الى اخره فما وجه التوفيق بين كلاميه
اجيب بان معنى قوله لا يتجزى يتملك نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاد
على ما يجي بعد هذا في هذا الباب لان نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد لان الاستيلاد
وقع في القنة وهي قابلة للانتقال من ملك الى ملك وما ذكره هناك من تجزي الاستيلاد فانما فرض
المسيلة في ~~الاستيلاد~~ المدبرة وهي غير قابلة للنقل فاذا كان الاستيلاد منحصرا على نصيبه فيتجزى
الاستيلاد ضرورة فكان رفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال وبانه يحتمل ان يكون
فيه روايتان عن ابي حنيفة وذلك لانهما جعلا الاستيلاد مقيسا عليه في انه لا يتجزى فكان
مجمعا عليه ثم اجاب عنه ابو حنيفة بانه متجز عنده في ذلك الباب ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين
كذا في النهاية قال ـــ وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لما قدمنا ان الاستيلاد
يوجب حق الحرية لا حقيقتها فكان الملك فيها قايما كالمدبرة فجاز له ان يطاها ويستخدمها ويوجرها
ويزوجها قبل ان يستبريها فان قيل شغل الرحم بمايه يحتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما
في المعتدة اجيب بان محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطي وقد وقع الشك في زوالها فلا
يرتفع به بخلاف النكاح فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا تعود اليها الا بعد الفراغ
حقيقة وذلك بعد العدة قوله ولا يثبت نسب ولدها اي ولد الامة رجوعا الى ما ابتدا به اول
الباب بقوله اذا ولدت الامة من مولاها لما ان ولد ام الولد يثبت نسبه من غير دعوة على ما يجي في قوله
فان جات بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار وحكم المدبرة كحكم الامة في انه لا يثبت النسب منها
الا بدعوة المولى يعترف به اي بالولد والاعتراف بالوطي غير ملزم وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان
لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد اي بالنكاح الذي هو مفض الى الوطي فلان يثبت به وهو اكثر افضا
اولى ولنا ان وطي الامة يقصد به قضا الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه اي عن طلب الولد وهو
سقوط التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما او عدم نجابة اولاد الاما عندهم فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك
اليمين من غير وطي فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا
حاجة الى الدعوة لا يقال النسب باعتبار الحرية او بالوضع لها والعقد وعدمه لا مدخل لهما في ذلك لانا نقول
لو كان ذلك مداره لثبت من الزاني وليس كذلك وان النظر الى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع
لذلك فلا يحتاج الى الدعوة ووطي الامة ليس بموضوع له فيحتاج اليها وان جات بعد ذلك بولد يثبت
نسبه من غير اقرار اذا كان قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت
فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله من غير لعان ما لم يقض القاضي به او لم يتطاول المدة

الاهلية

فاما بعد قضا القاضي فقد لزمه به على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنيه ونحوه وذلك كالتصريح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول قد سبق في اللعان قوله لان فراشها ضعيف واضح قوله اي وجه الذي ذكرناه اي من عدم ثبوت نسب ولد الامة بدون الدعوى حكم قضا القاضي فاما الديانه نعني فيما بينه وبين الله تعالى فالاعتراف به والدعوى ان وطيها وحصنها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو ان يحفظها عما يوجب ريبة الزنا قوله لان هذا الظاهر وهو ان الولد منه عند التحصين وعدم العزل مقابله اي معارضه ظاهر اخر وهو العزل او ترك التحصين قوله وفيه روايتان اخريان في بعض النسخ اخراوان وليس بصحيح قوله عن ابي يوسف وعن محمد قيل فايدة تكرار عن دفع وهم من يتوهم ان الروايتين عنهما باتفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل منهما روايه تخالف رواية الاخر فاما رواية ابي يوسف فهي انه اذا وطيها ولم يستبريها بعد ذلك حتى جات بولد فعليه ان يدعيه سوا عزل عنها او لم يعزل حصنها تحسينا للظن وحملا لامرها على الصلاح مالم تبين خلافه واما رواية محمد فهي انه لا ينبغي له ان يدعيه اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويتمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك في ان لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال ان يكون منه وما ذكره ابو حنيفه هو الاصل لانه اذا وطيها ولم يعزل وحصنها فالظاهر ان الولد منه فيلزمه ان يدعي وان لم يحصن او عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك فان زوجها فجات بولد فهو في حكم امه لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له بالنكاح وان كان النكاح فاسدا بعد ما اتصل به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ومن الاحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصيه واذا كان الفاسد فيه ملحقا بالصحيح كان اقوى من فراش ام الولد قوله ولو ادعاه المولى معناه اذا زوج المولى امته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره وانا قرنا كلامه بذلك ليستقيم وتصير امه ام ولد لان امومية ام الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير امه ام ولد هكذا نقل عن فوايد مولانا حميد الدين الضرير رحمه الله فانه قال ينبغي ان لا تصير ام ولد لمولاه لان امية الولد مبنيه على ثبوت النسب بدعوة الولد فاذا لم يثبت الاصل منه كيف يثبت الفرع اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوته وانما ذلك الاقرار في ضمن شي لم يثبت ذلك الشي لمصادفة اقرار المولى في محله وهو الملك وهذا الاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح او بالشبهه بعد النكاح الا ان هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنا به عن النسب فبقي معتبرا في حق الام لاحتياجها الى ان تصير ام ولد قال واذا مات المولى عتقت من راس جميع المال سوا كان زوجها او لا لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ومعنى قوله امر بحكم لا الامر المصطلح فانهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وان نكر الدين نفيا للسعايه للغرما والورثه ولا يجعلن من الثلث تاكيد لانه تم ذلك من قوله وان لا يبعن في دين ولان الحاجه الى الولد اصليه لان الانسان يحتاج الى ابقا نسله كما انه يحتاج الى ابقا نفسه وكلما كان من الحوايج الاصليه تقدم على حق الورثه والغرما كالتجهيز والتكفين بخلاف التدبير لانه وصيه بما هو من زوايد الحوايج قوله ولا سعايه عليها اي على ام الولد في دين المولى للغرما لما بينا ان الحاجه الى الولد اصليه الى اخره وفي بعض النسخ لما روينا يعني حديث سعيد بن المسيب ووجه ذلك انه لما قال ولا يبعن دل على انتفا الماليه واذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعايه قوله ولانها يعني ام الولد ليست بمال متقوم حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند ابي حنيفه لان ماليتها غير متقوم عنده وقد تقدم فلا يتعلق بها حق الغرما كالقصاص فان من له القصاص اذا مات وهو مديون ليس لارباب الديون ان يأخذوا من عليه القصاص لمديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوه ابقابلة شيا متقوما وكذا اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرما على منع المديون عن العفو واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل القول بالسعايه عليها عند ابي حنيفه مع ان مالية ام الولد غير متقومه عنده فان القول بالسعايه قول بالتقوم اذ السعايه بدل عما ذهب من ماليتها وقوله وماليتها ام الولد يعتقده الذي متقومه فيترك وما يعتقده جوابا عن هذا الاشكال قوله ولانها يعني مالية ام الولد انما لم تكن متقومه

لي

القصاص من عليه القصاص وكذا اذا قتل رجل مديونا والمديون لا يقدر الغرما على منعه ح

منه لانه ثابت النسب من غيره ح

القصاص بديونهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه ح

يوجب الضمان ح

في محترمه وهذا اي كونها محترمه يكفي لوجوب الضمان جواب اقرا لذكر الاشكال واعترض عليه بان الاحترام لو كان كافيا لوجب على غاصب ام الولد واجيب بان مبنى الضمان في الغصب على المماثله ولا مماثله بين ماليتها لا تقومها وبين ما تضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله وقوله كما في القصاص المشترك يعني اذا كان القصاص مشتركا بين جماعه واحدهم يجب المال للباقين وان لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز ان يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الاخرين عنده بعفو احدهم ولو مات مولاها وهو النصراني عتقت بلا سعايه لانها ام ولد ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة لعادت اعيدت مكاتبه لقيام الموجب وهو اسلامها مع كفر مولاها قوله ولو استولدها صورة المسئله ظاهره وتقريره وجه الشافعي في هذه علقت برقيق وصورها هو ومن علقت برقيق لا تصير ام ولد لمن علقت منه لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جز الام في تلك الحاله اي في حالة العلوق والجز لا يخالف الكل وفي صورة النزاع ليس كذلك لان الام رقيقه لمولاها في تلك الحالة فلو انعلق الولد حرا كان الجز مخالفا للكل قوله كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني انها لا تكون ام ولد لكون العلوق ليس من مولاها قيل في كلامه تسامح لان قوله هذا يدل على ان علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها ولهذا لا يثبت اذا علقت من الزنا وقوله وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا يدل على ان هذا هو العله وهو المشهور عنه وذلك مغاير للاول وهذا اسد لان العله هو علوق الولد حرا عنده ليس الا وفي صورة الزنا انما لم يثبت امومية الولد لان الولد انعلق رقيقا لان الزاني ليست في تلك الحاله لانها ليست ملك مولاها ولنا ان سبب الاستيلاد هو الجزيه الحاصله بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل في اول الباب حيث قال ولانا الجزيه قد حصلت بين الواطي والموطوه والجزيه انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب بالنكاح فيثبت الجزيه بهذه الواسطه واذا ثبت الجزيه ثبت امومية الولد قوله بخلاف الزنا جواب عن قوله كما اذا علقت بالزنا لانه لا نسب فيه اي في الزنا للولد الى الزاني فلا تثبت الجزيه المعتبره في الباب وهو الجزيه الحكميه فلا تثبت امومية الولد فان قيل لما لم يثبت النسب من الزاني فكلام يعتق عليه الولد من الزنا اذا ملكه اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزوه حقيقه بغير واسطه بخلاف امومية الولد لانها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبه عن الزاني منقطعه فكان امومية بالزنا نظير من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه اي الاخ ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابته والمراد بالاخ الاخ لاب واما الاخ لام فانه يعتق عليه اذا ملكه وان كان من الزنا لان النسبه بينهما ثابته والله اعلم قوله واذا وطي جارية ابنه ظاهر قال واذا كانت الجاريه بين شريكين هذه المسئله قد مر ذكرها في اول الباب حيث قال وكذا اذا كان بعضها مملوكا ولكن كان ذكرها هناك من حيث ان الاستيلاد يخرج الامة الى حق الحريه قبل الموت والى حقيقتها بعده وذكر ههنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما اريد بعدم تجزي الاستيلاد المذكور هناك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا وكلامه واضح خلا ما ننبه عليه قوله فادعاه احدهما لا يفرق في ذلك بين الصحه والمرض قوله لانه لما ثبت النسب منه في نصفه الى اخره يرد عليه الغلب وهو ان يقال لما لم يثبت النسب منه في نصف الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى الى اخر ما ذكر والجواب عنه بتغليب جانب المثبت للنسب احتياطا الا ترى انه يسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العقر فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة قوله فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه قال في النهايه هذا على اختيار بعض المشايخ واما الاصح من المذهب والحكم مع علته يقترنان لما عرف في اصول الفقه واقول يجوز ان يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتي لا الزماني وحينئذ يكون واردا على الاصح من المذهب قوله بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنا يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه وهذه التفرقه بين الشريك والوالد من حيث ان ملك الشريك في النصف قايم وقت العلوق وذلك يكفي للاستيلاد فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد فيكون الوطي واقعا في غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشركه فيجب العقر واما الاب فلم يكن له ملك في الجاريه وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد في ملكه حملا لامره على الصلاح فيكون الوطي في ملكه والوطي في ملكه لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا مهر مثلها هكذا في مبسوط شمس الايمة السرخسي وفي مبسوط شيخ الاسلام والمحيط العقر قدر ما يستاجر هذه المراة لو كان الاستيجار للزنا حلالا وقوله فلم يتعلق منه شي على ملك الشريك لانه كما علق انعلق حر الاصل لان نصفه

عنده

ان الاقرار عند الحاكم

او لم يحصنها

مناع الشريك ح

النصف ح

ولو اعتق الاعتاق في الكلام تعذر على الاسم ح

انعلوق على ملكه وانه يمتنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب وان ادعياه معا ثبت نسبه
منهما قال المصنف معناه اذا احملت على ملكهما وانما قيد بذلك لانه اذا كان الحمل على ملك احدهما كان هو المدعي
وهو واخر فهي ام ولده لان نصيبه منها صار ام ولد له والاستيلاد لا يتجزى فيثبت في نصيب شريكه ايضا
وقال الشافعي يرجع الى قول القافة وهو جمع القايف كالبيعة جمع البايع وهو الذي يتتبع اثار الاباء
في الابناء من قاف اثره اذا اتبعه والقيافة في بني مدلج منهم المجزز لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا
ان الولد لا يتخلق من مائين اي من ماي فحلين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه
وسلم بقول القايف في اسامة روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عايشة رضي الله عنها
واسارير وجهه تبرق من السرور فقال اما علمت ان مجززا المدلجي مر باسامة وزيد وعليهما قطيفة
قد غطيا وجوههما وارجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما
جاز اظهار السرور ولوجب عليه الرد والانكار ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح رحمه الله في هذه
الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما اي الولد يكون للاب
الباقي من الابوين اللذين كانا اذا مات احدهما حتى يكون كل الميراث للاب الحي حتى يكون نصفه لورثة
الاب الميت من احدهما حتى يكون كل الميراث للاب الحي دون ان يكون نصفه اليه قوله وكان بمحضر من
الصحابة رضي الله عنهم يروم به ابرازه لم ينكر احد عليه قوله في سبب الاستحقاق يعني الملك وقيل الدعوة
قوله احكام متجزية يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث فما يقبل التجزية
كالميراث يثبت على التجزية في حقهما وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الانكاح تثبت في حق كل واحد منهما
كما كان ليس معه غيره قوله الا اذا كان احد الشريكين استثنا من قوله وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية
الانكاح يثبت في حق كل واحد منهما كما كان ليس معه غيره وقوله الا اذا كان احد الشريكين استثنا
من قوله وما لا يقبلها يثبت في حق كل منهما كملا قوله وسرور النبي عليه السلام جواب عن قوله وقد سر رسول
الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فيما اذا ادعى الولد اكثر من اثنين فجوزه ابو حنيفة ومنعه ابو يوسف
وجوزه محمد الى الثلاث قال ابو يوسف ثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه وقال محمد
الثلاثة قريبة من الاثنين وقال ابو حنيفة سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجد قوله فيصير نصيبه
منها ام ولد له تبعا لولدها يعني تخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعل قبل هذا الا انه لا اثر للاستيلاد في
ابطال ملك الخدمة واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضى
منهما بعتقها عند الموت ولا سعاية عليها في قول ابي حنيفة وتسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما ولو اعتقها
احدهما في حال حياته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول ابي حنيفة وعندهما يضمن المعتق
نصف قيمتها ام ولد لشريكه ان كان موسرا او يسعى في نصف قيمتها ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر
قصاصا بما له على الاخر بفتح اللام اي بالذي له قوله كما اذا اقاما البينة يعني اذا اقاما البينة على شي يكون
ذلك مشتركا بينهما على السوية فكذلك ههنا واذا اقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا
ومن وطي جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فاما ان يصدقه المكاتب اولا فان صدقه ثبت النسب ولا تصير
الجارية ام ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب ايضا وعن ابي يوسف انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت بمجرد
دعوة المولى النسب كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب المولى وجارية الابن كسب الاب ووجه
الظاهر وهو الفرق بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب
حيث يشترط فيها التصديق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه لحجره على نفسه ~~فلا يعتبر بتصديقه~~ والاب
يملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه فلا يعتبر بتصديقه وانما لا تصير الجارية ام ولده اذا صدقه المكاتب لان حق
الملك ثابت له في كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد الا ترى انه لو عجز ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة الى
التملك وليس للاب في مال الولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا بتملك الجارية فيثبت الملك
سابقا ووقع الوطي في ملكه وولدت منه فكانت ام ولد له قوله وعليه عقرها اي على المولى عقر جارية المكاتب
لان الملك لا يتقدم على الوطي لان ما له من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطي واقعا في غير الملك
وهو يستلزم الحد او العقر وقد سقط الاول للشبهة فتعين الثاني قوله لما ذكرنا اي بذكر الحق الذي
للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب قيل في كلام المصنف نظر لانه قال ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد
والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن اصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو
نفسه نص بعد الفصل بقوله ولا تصير الجارية ام ولد له اي للمولى فاذا لم تصر الجارية ام ولد له فمن اين

بصح

يصح الاستيلاد والجواب ان دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد اقوى من دلالته على كونها ام ولد فكان
المراد بقوله لصحة الاستيلاد لصحة نسب الولد بدلالة ما بعده فان المصنف اجل قدرا من ان يقع بين كلاميه
في سطرين تناقض قوله وقيمة ولدها معطوف على قوله عقرها وقوله وهو ابنه قيل اي الولد لانه كسب كسبه
فان المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز ان يكون انه اي الجارية كسب كسبه وذكر
الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب والضمير في رقه يعود الى الولد قيل في قوله كما في ولد المغرور تبدل فان ذكر
الولد على معنى ان الجارية لا تصير ام ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير ام ولد للمغرور
لعدم الملك فيه والجواب ان قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة وثابت النسب منه وحينئذ
لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية ام ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة
فتقديره كما في ام ولد المغرور قوله وان كذبه معطوف على قوله فان صدقه المكاتب قوله ولو ملكه يعني
ولد الجارية الذي ادعاه وكذبه المكاتب يوما من الدهر ثبت نسبه منه لقيام الموجب وهو الاقرار
بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب قال في المبسوط واذا ملك المولى الجارية اي في صورة التصديق
يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت
نسبه منه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب عند صحة الدعوة الا انه بمعارضة المكاتب اياه
بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه

كتاب الايمان

قد المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب الى ههنا اقتضت الترتيب على ما تقدم وذكر الايمان عقيب العتاق
لمناسبتها له في عدم تاثير الهزل والاكراه فيهما واليمين في اللغة القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وفي الشريعة
عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وشرطها كون الحالف مكلفا وسببها ارادة تحقيق ما قصده وركنها
اللفظ الذي ينعقد به اليمين وحكمها البر فيما يجب البر فيه والكفارة عند فواته وانما قيد بقوله فيما يجب
البر لان من الايمان ما يجب الحنث فيه على ما سياتي والايمان على ثلاثة اضرب لان اليمين بالله اما ان يكون
فيها مواخذة اولا فان كانت فاما ان تكون دنيوية او اخروية فهي الغموس وهي الحلف على امر ماض يتعمد
الكذب فيه وذكر المضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب الا ترى انه لو قال والله انه لزيد وهو يعلم
انه ليس لزيد كان غموسا فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا ادخله الله النار
ولولا الاثم ما كان كذلك واسمه يدل على معناه لانه ما سمي غموسا الا لانها تغمس صاحبها في الاثم قال
شمس الايمة السرخسي رحمه الله اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة
محضة والكبيرة ضد المشروع لكنه سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما
سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف
الذي ذكرنا لم يتناوله ولا كفارة فيها لكن فيها التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لان
الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة الاستشهاد باسم الله تعالى وقد تحقق ذلك الذنب بالاستشهاد بالله
كاذبا فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة ولنا انها اي اليمين الغموس كبيرة محضة لقوله عليه السلام
خمس من الكباير لا كفارة فيهن وذكر فيها الغموس وكل ما هو كبيرة محضة لا يناط بها العبادة لما ان اسباب العبادات
لا بد وان تكون امورا مباحة كما عرف في الاصول والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية
فلا يناط الغموس بها بخلاف المعقودة لانها مباحة فجاز ان يناط بها العبادة وفيه بحث من وجوه الاول لو
كان ما ذكرتم صحيحا لما وجب الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا ينقض الجانبين
الثاني لما وجبت بالادنى وجب الاعلى بطريق الاولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة واتباعها اياها
ماح لها لقوله عليه السلام اتبع السيئة الحسنة تمحها وهاتان معارضتان والجواب عن الاول ان الكفارة لم تجب
بالظهار بل بالعود الذي هو العزم على الوطي وهو مباح وعن الثاني بانه لا يلزم من رفع الاضعف الشي رفع
الاقوى به وعن الثالث بان الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل
المظنون خلاف المقابلة لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكباير لا كفارة فيهن الحديث قوله ولو كان
فيها ذنب جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا يكون مباحة فلا يناط بها
العبادة كما ذكرتم وتقريره لو كان في المنعقدة ذنب بهتك حرمة اسم الله تعالى فهو متاخر عن وقت الانعقاد
باختيار مبتدا لم يدخل في السببية ويرتفع عند البر بخلاف الغموس فان الذنب فيها لازم لا يفارقه
لا ابتداء ولا انتهاء فيمتنع الالحاق اي الحاق الغموس بالمنعقدة وفي هذا الجواب تلويح الى الجواب عن قوله
فاشبه المعقودة والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل وكلامه ظاهر قوله الا انه علقه بالاشارة

الي ما قال في المبسوط فان قيل فما معني تعليق محمد نفي المواخذه في هذا النوع بالرجا بقوله نرجوا ان لا يواخذ
الله بها صاحبها وعدم المواخذه في اليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة
تلك اليمين مختلف فيها فانما علق الرجا بنفي المواخذه في اللغو بالصورة التي ذكرها وذكر غير معلوم بالنص
وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروي عن زرارة بن ابي اوفي وعن بن عباس في احدي الروايتين
وروي عن محمد انه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلا والله وهو قريب من قول الشافعي فانه عنده
اللغو ما يجري علي اللسان من غير قصد سوا كان في الماضي او في المستقبل وهو احدي الروايتين عن بن
عباس وروت عايشه عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال في تفسير اللغو لا والله وبلي والله
وتاويله عندنا فيما يكون خبرا عند الماضي فان اللغو ما يكون خاليا عن الفايدة والخبر في الماضي خالا عن
فايدة اليمين لان فايدتها المنع او الحمل وذلك لا يتحقق في الماضي فكان لغوا واما في الخبر في المستقبل
فعدم القصد لا يعدم فايدة اليمين وقد ورد الشرع بان الهزل والجد في اليمين سوا وللقايل ان يقول
في حصر الايمان علي الثلاثه علي التفسير المذكور في الكتاب نظر لان قول الرجل والله اني لقايم الان في حال
قيامه مثلا يمين وليس من الضروب المذكورة في الكتاب ويمكن ان يلتزم بانه ليس بيمين علي هذا الاصطلاح لما
مر من تعريفها وانما هو قسم وهو جملة انشايية اكدت بها جملة اخري والقاصد في اليمين والمكره والناسي
وهو ان يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر انه تلفظ باليمين ناسيا وفي بعض النسخ ذكر الخاطي مكان الناسي
وهو الذي يريد ان يقول سبحان الله مثلا فيجري علي لسانه اليمين سوا حتي تجب الكفارة لقوله صلي الله عليه وسلم ثلاث جدهن
جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين فان قلت اليمين عقد يتقوي به عزم الحالف علي الفعل او الترك فهو من
الافعال الاختيارية فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد قلت ذلك هو القياس وقد ترك بالنص لا يقال
النص معارض بقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان الحديث لانه محتمل ونص اليمين مفسر
وقوله وان فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فهو سوا يعني وان فعله مختارا سوي
وان خالفنا في ذلك يعني في وجوب الكفارة علي المكره والناسي وستبين في الاكراه
ان شا الله تعالي ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فهو سوا ايضا وفي فعله مختارا سوي
تركه لدلالة مجري الكلام عليه لان شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد لانه لا ينعدم
بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغمي عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة وهو وجود الفعل الحسي
وقوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب جواب عما يقال الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب والمغمي عليه والمجنون
لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف تجب عليهما الكفارة وتقريره الحكم وهو وجوب الكفارة داير مع دليل
الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دار مع دليل شغل الرحم وهو استحداث
الملك لا مع حقيقة الشغل حتي انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشتري جارية بكرا او اشتراها
من امراة ولقايل ان يقول اقامة الدليل لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول امرا خفيا في الاصل
فيدور عليه وان لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرتم من شغل الرحم والمدلول وهو الذنب
في هذه الصور عند الحنث متحقق ظاهر فلا يصح اقامة الدليل مقام المدلول باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا
لما فرغ من بيان تقسيم ضروب الايمان بينها يكون يمينا من الالفاظ وما لا يكون واليمين بالله اي بهذا
الاسم او باسم اخر من اسمايه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها كعزة الله وجلاله
وكبريايه والمراد بالاسم ههنا لفظ دال علي الذات الموصوفه بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر
التي تحصل عن وصف الله تعالي باسما فاعليها كالرحمة والعلم والعزة والصفة علي نوعين صفة ذات
وصفة فعل لانه اما ان يجوز الوصف به وبضده او لا والثاني صفة الذات كالعزة والقظمة والعلم
والاول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز ان يقول رحم الله المومنين ولم يرحم الكافرين وغضب
علي اليهود دون المسلمين ومشايخنا العراقيون علي ان الحلف بصفات الذات يمين وبصفات
الفعل ليس بيمين ويلزمهم ان يكون وعلم الله يمينا واعتذروا بانه القياس ولكنه ترك لمجيئه لمعني من
المعلوم ومشايخ ما ورا النهر علي ان الحلف بكل صفة تعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم
يتعارفوه فليس بيمين وهو مختار المصنف يدل علي ذلك قوله يحلف بها عرفا وقوله لان الحلف بها
متعارف وقوله ومعني اليمين وهو القوة الي اخره ذكره استظهارا لانه لما بني الايمان علي العرف
كان وجوده مغنيا عن النظر الي غيره وقوله الا قوله وعلم الله استثنا منقطع من قوله او بصفة من
صفاته التي يحلف بها عرفا فان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان استثناه عن العرف منقطعا والكلام
في قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام في قوله ومعني اليمين وهو القوة حاصل في انه مذكور للاستظهار
نعم

نعم العراقيون يحتاجون الي ذكره معذرة عن وروده علي اصلهم كما تقدم وقوله ولان الرحمة قد يراد
بها اثرها منقوض بقدرة الله لانه يقال انظر الي قدرة الله تعالي والمراد اثره والا لكان بمعني المقدور
لكون القدرة غير مرييه فيكون كالعلم ومع ذلك يحلف بها والحق ان مبني الايمان علي العرف فما تعارف
الناس الحلف به كان يمينا والحلف بقدرة الله تعالي متعارف وعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف
ولهذا قال محمد وامانة الله يمين ثم لما سيل عن معناه قال لا ادري فكانه وجد العرب يحلف بامانة الله عادة
فجعله يمينا كانه قال والله الامين ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا مثل ان يقول والنبي والقران
والكعبة لقوله صلي الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله تعالي او ليذر روي مالك رحمه الله في الموطا
عن نافع عن بن عمر ان رسول الله عليه السلام ادرك عمر رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه
فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابايكم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت
قال المصنف اما لو قال انا بري منه يكون يمينا لان التبري منهما اي من النبي عليه السلام والقران
كفر وللقايل ان يقول سلمنا ان التبري منهما ولذا من كل كتاب سماوي كفر لكن كونه كفرا ليس بيمين
ولا يستلزمها الا يري انه لو قال بحياتك لافعلن كذا او اعتقد ان التبري واجب كفر وليس بيمين والجواب
سيجي عند قوله ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني قال والحلف بحرف القسم الحلف بالله انما
يكون بحرف القسم ظاهرا او مضمرا وبحث حروف القسم وكون البا اصلا وغيرها بدلا وجواز اضمار الحرف
والنصب بعد الاضمار علي ما اختاره البصريون او الجر علي ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحويه
في الاصل والاصولي يبحث عنها من حيث استنباط المسايل الفقهية منها والواصل الي حد الاشتغال
بكتاب الهداية لابد وان يكون قد حلف ذلك وراه والفرق بين الاضمار والحذف بقا اثر المضمر دون المحذوف
والمصنف ذكر الاضمار في الرواية والحذف في التعليل بطريق المساهلة كذا في النهاية ويجوز ان يقال اطلق
الاضمار بالنظر الي الجر والحذف بالنظر الي النصب وقوله وكذا اذا قال لله في المختار احترازا عما روي
عن ابي حنيفة انه لو قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة صيغة النذر
ويحتمل معني اليمين ولا اثر لتغيير الاعراب في المقسم به نصبا وجرا في منع صحة القسم لان العوام لا يميزون
بين وجوه الاعراب وقوله وقال ابو حنيفة ظاهر وقوله والمنكر يراد به تحقيق الوعد يريد الفرق بين والحق
وحقا بان المعرف اسم من اسما الله تعالي قال الله تعالي ولو اتبع الحق اهواهم والحلف به متعارف فيكون
يمينا واما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكانه قال افعل هذا الفعل لا محالة وليس فيه معني
الحلف فضلا عن اليمين ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف بالله ظاهر واعترض بان اليمين ما كان حاملا
علي فعل شي او تركه موجبا للبر وعند فواته يكون موجبا للكفارة علي وجه الخلاف عن البر وقوله اقسم لا يكون
موجبا من البر شيا بمجرده لانه لم ينعقد يمينه علي فعل شي او تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة انما تكون
لستر الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله تعالي وليس في اقسم مجردا هتك اسم الله فكيف
يكون هو موجبا للكفارة ولان قوله اقسم صيغة فعل مضارع فكما يكون للحال كذلك يكون للاستقبال
فلو وجبت الكفارة من حيث انها للحال لم تجب من حيث انها للاستقبال ولم يكن واجبة قبل هذا فلا تجب
بالشك لا سيما في حق الكفارة فانها ملحقة بالحدود حتي انها اذا اجتمعت تداخلت كالحدود واجيب
بانه الحق بقوله علي يمين وهو يوجب الكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها ووجه ذلك ان كلمة علي للايجاب
واليمين لا يوصف بالوجوب وانما موجبه يوصف بذلك وموجبه البر وهو غير ممكن ههنا او خلفه وهو
الكفارة فيجعل كلامه اقرارا بالكفارة صونا لكلامه عن الالغا وكذلك قوله اقسم اخبار عن القسم في الحال
وما ثمه قسم لانه عبارة عن جملة انشايية يوكد بها جملة اخري كما تقدم ولم يوجد منه شي فيجعل اقرارا عما يوجب موجب
اليمين بطريق الخلافة كذلك واذا كان اقرارا بوجوب الكفارة لم تحتج الي وجوب البر ابتدا ولا الي
تصوير هتك اسم الله تعالي ولا الي حمل تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما تري يشير الي انه قال علي يمين
او اقسم ولم يزد علي ذلك اما اذا قال اقسم لافعلن كذا او علي يمين ان افعل كذا لا يصح اقرارا فيجوز ان يقال قد
تقدم ان اليمين عقد قوي به عزم الحالف علي الفعل او الترك وهو موجود والعادة قد جرت باليمين به قال
الله تعالي اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين وقال واقسموا بالله جهد ايمانهم وقال يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال
يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال قالوا نشهد انك لرسول الله وقال فشهادة احدهم اربع شهادات بالله
وكما جاز ان يكون حرف القسم مضمرا جاز ان يكون المقسم به ايضا كذلك وهو حجة علي زفر في عدم جوازه بدون
ذكر اسم الله ثم اختلف في النية اذا لم يذكر اسم الله فقيل لا يحتاج اليها وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين

يعني الله تعالى قال وكذا قوله لعمر الله هذا معطوف على اصل المسألة وهو قوله اقسم الى اخره والعمر
بالفتح والضم البقاء الا ان الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم قال في المبسوط لعمر الله يمين باعتبار المعنى
قال الله تعالى لعمرك والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكأنه قال والله الباقي وايم الله معناه
ايمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه والله وكلمة ايم صلة اي كلمة مستقلة كالواو
والبحث في قطع همزتها ووصلها وغير ذلك وظيفة نحوية قوله والحلف باللفظين يريد قوله لعمرك وايم الله
متعارف تحلف بالله بهما في العادة ولم يرد نهي من الشرع فيكون يمينا قوله وكذا وعهد الله وميثاقه ظاهر ومن
قال علي نذر او نذر الله ان لا افعل كذا كان يمينا لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة
يمين ومن قال ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني او كافر او مجوسي كان يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد
اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما يقول في تحريم الحلال وهذا جواب
من قال انا بريء من الكعبة او النبي عليه السلام فانه يكون يمينا وان كان ذلك كفرا لانه اعتقد ان البراءة
عن ذلك واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا وهذا هو الموعود فيما تقدم وقد
روي عن محمد انه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فهما يمينان وان قال هو يهودي
هو نصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة لان في الاول كرر وادخل اللفظين بتمام بذكر الشرط والجزاء
وفي الثاني كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة قوله ولو قال ذلك لشيء فعله يعني لو حلف بهذا اللفظ
على امر ماض فان كان عنده انه صادق فلا شيء عليه وان كان يعلم انه كاذب فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا
بالمستقبل يعني كما لو حلف به على امر في المستقبل فانه في المستقبل كان يمينا يكفر ولا يكفر اي لا يكفر كذلك اذا
كان في الماضي وقيل وهو قول محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز
فكأنه قال هو يهودي قال في النهاية والصحيح انه ان كان عالما يعرف انه يمين فانه لا يكفر به في الماضي
والمستقبل وان كان جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف يكفر في الماضي والمستقبل لانه لما اقدم على ذلك
الفعل وعنده انه يكفر فقد رضي بالكفر قوله لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل قال في النهاية
اما الزنا والسرقة فانهما لا يحتملان النسخ ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصود بالسرقة بعينه
جاز ان يكون حلالا بوجه النكاح وملك اليمين فسمي احتمال انقلابهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا
وتبديلا واما الخمر والربو فيحتمل النسخ اما الخمر فظاهر فانها كانت حلالا ثم انتسخ واما الربوا فيحتمل النسخ في نفسه
وان لم يرد النسخ في حقه الا في انه يحل في دار الحرب واقول في كلام المصنف لف ونشر على غير السنن
وذلك لان قوله نسخ متعلق بشرب الخمر واكل الربا قوله تبديلا بالزنا والسرقة ويراد بالتبديل انقلاب المحل
كما ذكر وهذه الافادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية اعادة والحمل على الاول اولى فاذا كان كذلك
لم تكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى لان حرمته لا تحل في حال فلا يتحقق اليمين بذكر هذه
الاشياء ولانه ليس بمتعارف فلا يكون يمينا فصل في الكفارة لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان
الموجب وهو الكفارة لكن هي موجب اليمين عند الانعقاد لان اليمين لم تشرع للكفارة بل منقلب موجبه
لها عند انتقاضها بالحنث وكلامه واضح وكون الواجب احد الاشياء على التخيير او واحدا معينا عند الله
وان كان مجهولا عندنا وعدم حمل المطلق على المقيد على ما هو من مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير
فليطلب ثمة قوله وهو الصحيح احتراز عما روي في نوادر ابن سماعة انه يجوز وفي رواية اخرى ان اعطى
السراويل المراة لا يجوز وان اعطى الرجل يجوز لان المعتبر رد العري بقدر ما تجوز به الصلاة لان ستر العورة
فرض لا تجوز الصلاة بدونه واما ما زاد عليه ففضل يعني للتجمل او للتدفؤ فلا يؤاخذ عليه في الكسوة كما لا يؤاخذ
عليه الادام في الطعام قوله لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الاطعام باعتبار القيمة يعني لو اعطى كل
مسكين نصف ثوب لم يجزه عن الطعام باعتبار القيمة يعني لو اعطى كل مسكين [illegible] لم يجزه من الكسوة لان الاكتساء
لا يحصل به ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة وكذلك لو
اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلا منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه
لا يكتسي به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام وهل تشترط النية او لا ذكر شيخ الاسلام في ظاهر الرواية
يجزيه نوى ان يكون بدلا عن الطعام او لم ينو وعن ابي يوسف اذا نوى ان يكون بدلا عن الطعام يجزيه
عن الطعام وان لم ينو لم يجزه وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اداها
بعد السبب وهو اليمين لانها تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى اسبابها
حقيقة والاداء بعد السبب جائز لا محالة فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية
هنا

هنا لانها تحصل بهتك اسم الله تعالى بالحنث قوله واليمين ليست بسبب جواب عن قوله لانه اداها بعد السبب
وهو اليمين ووجهه ان السبب ما يكون مفضيا واليمين غير مفض الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها
بالحنث وانما اضيف اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم بخلاف الجرح لانه مفض
الى الموت قوله لا يسترد من الكفارة الى الصوم بخلاف الجرح الى المسكين قيل هو معطوف على قوله
لم يجزه يعني وان لم يقع كفارة اذا دفع الى المسكين قبل الحنث لكن لا يسترده منه لانه قصد الشيئين ستر
الجناية وحصول الثواب وان لم يحصل الاول لعدم الجناية فيحصل الثاني فيكون قد وقعت صدقة فلا
رجوع فيها ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه
ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وراى غيرها خيرا منها فليات بالذي هو خير
ثم ليكفر عن يمينه معناه من حلف على مقسم عليه من فعل او ترك لان اليمين مركب من مقسم به وهو بالله
ومقسم عليه وهو قوله لافعلن او لا افعل لكان من باب ذكر الكل وارادة البعض وفي وجه الاستدلال به
نظر لانه قال وراى غيرها خيرا منها فالمدعي مطلق والدليل مشروط برؤية غيره خيرا والجواب ان حال
المسلم يقتضي ان يرى بترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله قوله ولان فيما
قلنا تفويت البر الى جابر وهو الكفارة لما ان الجابر يقتضي سبق
خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلنا فتصلح الكفارة جابرة ولا جابر للمعصية في ضده اي في
ضد ما قلنا اي لا جابر لمعصية الحنث فيما قال الشافعي لان الحنث لما تاخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة
ان تقع جابرة لذلك الحنث لان الجابر لا ينعدم كذا في النهاية وقال في بعض الشروح ولان فيما قلنا
اي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البر الى جابر والجابر هو الكفارة والفوات الى
جابر كلا فوات فيكون المعصية التي حصلت بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر اما اذا اتى بالبر وهو
ترك الصلاة وقطع الكلام عن الاب وقتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جبر لها فيكون المعصية
قائمة لا محالة فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه وكلا الوجهين صحيح والثاني انسب واذا حلف
الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث اي لا كفارة عليه وقال مالك والشافعي يكفر بالمال
لان اليمين تنعقد للبر وهو من اهله لانه انما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله وهو يعتقد ذلك
فكان اعتقاده يحمله على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات ولنا انه ليس باهل لليمين لانها
تعقد لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون معظما اذ الكفر ينافيه واستخفاف بالخالق وهو ينافي التعظيم ولا هو
اهل للكفارة لانها عبادة بخلاف الاستحلاف في الدعاوى والخصومات فان المقصود منه
ظهور حق المدعي بالنكول او الاقرار والكفر لا ينافي ذلك قال ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه
ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه مثل ان يقول حرمت على نفسي ثوب هذا او وطء هذه لم يصر محرما
لعينه وعليه ان استباحه اي ان فعل شيئا مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وقال
الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين كعكسه
وهو تحليل الحرام ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة فاما ان يثبت به حرمة لعينها وهو غير جائز
لانه قلب المشروع كما ذكرتم او لغيرها باثبات موجب اليمين وفيه اعمال اللفظ والمصير الى اعمال
اللفظ عند الامكان واجب فيصار اليه وبهذا التقرير يندفع ما قيل ان بين قوله لم يصر محرما
وبين قوله وعليه ان استباحه تنافيا لان الاستباحة انما تستعمل فيما كان ثمة تحريم قوله لم يصر محرما بيانه
وذلك لان قوله لم يصر محرما معناه محرما لعينه قوله ان استباحه اشارة الى الحرمة لغيره وعورض
بان اليمين اما بان يذكر مقسم به وهو عند عدم ذكر اسم من اسماء الله تعالى او صفة من صفاته كما تقدم
او بان يذكر شرط وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا واجيب بسقوطه بقوله تعالى قد فرض
الله لكم تحلة ايمانكم بعد قوله لم تحرم ما احل الله لك في تحريم العسل او تحريم مارية اطلق الايمان على تحريم الحلال
وفرض تحلة الايمان والراي لا يعارض النصوص السمعية هذا في قوة ان يقال والله لا افعل فعلا حلالا [illegible]
وهو التنفس وفتح العينين فيحنث وهو قول زفر ووجه الاستحسان ان اليمين تعقد للبر وهو لا يحصل
مع اعتبار العموم لامتناع ان لا يتنفس ولا يفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم ارادة العموم فيصار
الى اخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فان العادة جارية باستعماله في المتناول ولا تتناول واذا
لم يكن العموم مرادا لا يتناول المراة الا بالنية واذا نواها كان ايلاء لما بينا ان هذا الكلام يمين فيكون معناه
والله لا اقربك وهو من صور الايلاء وهذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ بلخ قالوا يكون الاستكاف واي بلد

ثم قلب المشروع حرام

وقد فعل فعلا حلالا

ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لان قوله

أي سعيد والفقيه أبي جعفر وبعض مشايخ سمرقند قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال
وعليه الفتوى قوله وكذا ينبغي ظاهر ولم يذكر ما لو قال هرچه بدست چپ گيرم بروي حرام وقد
قيل لا يقع به الطلاق وإن نوى ولو قال هرچه بدست گيرم كان طلاقا قيل يقع الطلاق وإن لم ينو وقيل
لا يقع إلا بالنية ومن نذر نذرا مطلقا مثل أن قال لله علي صوم سنة ولم يعلقه بشرط فعليه الوفاء به لقوله
صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا وسمى فعليه الوفاء بما سمى وإن علق النذر بشرط سواء كان شرطا أراد
كونه أو لم يرد فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر ولا ينفعه كفارة اليمين لإطلاق الحديث فإنه لم
يفصل بين كون النذر مطلقا أو معلقا بشرط ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده ولو نجز النذر عند وجود
الشرط لم يجزه الكفارة فكذا ههنا وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه رجع عنه أي عن تعيين الوفاء
بنفس النذر إلى القول بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك وقال إذا قال إن فعلت كذا
فعلي حجة أو صوم شهر أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء
بما سمى أيضا حتى لو كان معسرا كان مخيرا بين أن يصوم ثلاثة أيام وأن يصوم شهرا وهذا مروي عن أبي حنيفة
في النوادر ووجهه ما روي في السنن مسندا إلى عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كفارة
النذر كفارة اليمين فعملوا بهذا إذا كان شرطا لا يريد كونه لأن بين الحديثين كما ترى تعارضا فحملوا الحديث
الأول على النذر المرسل وعلى معقد أراد الحالف كونه والثاني على معقد لا يريد كونه جمعا بين
الآثار والمعنى الفقهي في ذلك أن في الشرط الذي لا يريد كونه كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين
جميعا أما معنى النذر فظاهر وأما معنى اليمين فلأنه قصد به المنع عن إيجاد الشرط فيتخير ويميل إلى أي الجهتين
شاء والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد إذا أذن له مولاه بالجمعة
فإنه مخير بين أداء الجمعة ركعتين وبين أداء الظهر أربعا في النذر واليمين معنيان مختلفان لأن النذر قربة واجبة
لعينه واليمين قربة مقصودة لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى بخلاف ما إذا كان شرطا يريد كونه
لقوله إن شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين وهو المنع لأن قصده إظهار الرغبة فيما جعله شرطا قال المصنف
وهذا التفصيل أي الذي ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريده هو الصحيح وفيه نظر لأنه إن أراد
حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لأنه غير ظاهر الرواية وإن أراد حصرها فيه من حيث الدراية
لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا
يريد على أن فيه إباء إلى القصور في الذهاب إلى ظاهر الرواية ومن حلف على يمين أي مقسم عليه من فعل أو
ترك وقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال إن شاء الله
فقد بر في يمينه رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقوله فقد بر في يمينه معناه لا يحنث
أبدا لعدم انعقاد اليمين إلا أنه لا بد من الاتصال استثناء من قوله فلا حنث عليه لأنه بعد الفراغ رجوع
ولا رجوع في اليمين فإن قلت هذا تعليل في مقابلة النص فإن الحديث بإطلاقه لا يفصل بين المنفصل والمتصل
قلت الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود هي التي توجب الاتصال فإن جواز الاستثناء
منفصلا يفضي إلى إخراج العقود كلها من البيوع والأنكحة وغيرهما عن أن يكون ملزمة وفي ذلك من الفساد
ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الأدلة فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقا بين الأدلة وقد روي
عن ابن عباس جواز الاستثناء منفصلا وفيه ما ذكرناه

باب اليمين في الدخول والسكنى

لما كان انعقاد
اليمين على فعل شيء أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال الواردة في اليمين فذكرها في أبواب وقدم الدخول
والسكنى على غيرهما من الأكل والشرب ونحوهما لأن أول ما يحتاج إليه الإنسان الذي يتحقق منه اليمين بعد
وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه سائر الأفعال من الأكل وغيره وإليه وقعت الإشارة
في قوله تعالى يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون الذي جعل لكم الأرض فراشا
والسماء بناء الآية والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر إلى الباطن والسكنى عبارة عن الكون في مكان
على سبيل الاستقرار مبينا أهله قوله ومن حلف لا يدخل بيتا ظاهر والبيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود
وقوله لأن البيت ما أعد للبيتوتة وهذه البقاع ما أعدت لها اعترض عليه بأن الله تعالى سمى الكعبة بيتا
قال تعالى إن أول بيت وضع للناس وسمى المساجد بيوتا بقوله تعالى في بيوت أذن الله وأجيب بأن
الأيمان مبناها على العرف لا على ألفاظ القرآن ألا ترى أن الله تعالى سمى بيت العنكبوت بيتا ومطلق اسم البيت
في اليمين لا يتناوله واستشكل بما قال في الفوائد الظهيرية إذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت
حنث وسيجيء الجواب إن شاء الله وكذا إذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار قال في المغرب ظلة الدار هي السدة

التي

التي فوق الباب وقول المصنف والظلة يكون على السكة أراد بها الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه
بناء وإن لم يحنث لأنه لا ينطلق عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه وكذلك إذا كان فوقه بناء إلا أن مفتحه إلى الطريق
لا يحنث إذا كان عقد يمينه على بيت يتخصص بعينه لأنه من جملة بنيته وقوله وقيل إذا كان الدهليز ظاهر
وإن دخل صفة حنث لأنها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الأوقات فصار كالشتوي والصيفي الذي يبنى
للبيتوتة فيه شتاء أو صيفا وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة وهكذا كانت صفافهم أي صفاف
أهل الكوفة ذكر عن أبي حازم أن هذه أشكلت علي حتى دخلت الكوفة فرأيت صفافهم مبوبة فعلمت أن الأيمان
وضعها على تعارفهم قيل الجواب يجري على الإطلاق يعني سواء كانت ذات حوائط أربعة أو ثلاثة هو الصحيح
دون الحمل على عرفهم لأن البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بني للبيتوتة وهذا المعنى موجود في
الصفة إلا أن مدخلها أوسع قليلا ولها اسم البيت فيحنث ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لا يحنث
ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لأن الدار اسم للعرصة عند
العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت أشعار العرب بذلك فمنها ما قال لبيد عفت
الديار محلها فمقامها بمنى تأبد غولها فرجامها عفا يعفو اندرس متعد ولازم وههنا لازم تأبد المنزل أي أقفر وألفته
الوحوش والغول والرجام موضعان يقال عفت ديار الأحباب ما كان منها للحلول وما كان منها للإقامة
وهذه الديار كانت بمنى فتوحشت الديار الغولية والرجامية وقال قائلهم الدار دار وإن زالت حوائطها
والبيت ليس ببيت بعد تهديم وهذا ظاهر وقوله والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو
وفي الغائب معتبر لما ذكر في الأصول أن المحلوف عليه لا بد وأن يكون معلوما فإن كانت مشارا إليها كان
المحلوف عليه معلوما فلا حاجة إلى معرف بخلاف المنكر فإنه لا معرف له سوى الوصف فيكون معتبرا واعترض
بوجهين أحدهما أن الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع المشترى للموكل إذا وكل رجلا بشراء دار فاشترى
دارا خربة لأنها غير موصوفة وهذا النقض إجمالي والثاني أن البناء لا يخلو إما أن يكون داخلا في المسمى أو لم
يكن فإن كان داخلا وجب أن لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالعرصة وإن لم يكن داخلا وجب
أن لا يختلف الحال أيضا في عدم الدخول كما إذا حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد يمينه برجل قاعد أو عالم إلى غير ذلك
من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة وأجيب عن الأول بأن الدار في الوكالة تعرفت بوجه لأن التوكيل
بشرائها إنما يصح عند بيان الثمن والمحلة وليست في اليمين كذلك فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد
اليمين بلا صفة وعن الثاني بأن البناء صفة متعينة للدار فجاز أن يكون مراد الحالف لتعينه وبقي
الوجاد المتزاحم من الصفات بأسرها يمتنع إرادتها عادة وليس البعض أولى من البعض في الإرادة فيمتنع الإرادة
أصلا كذا في النهاية محالا على الفوائد الظهيرية ورد بأن البناء ضده الخراب فكان الدار محل توارد هما فكيف
صار البناء صفة متعينة فكأن هو من حيز النزاع وأقول في جواب المعارضة المذكورة من التقسيم غير حاصر
لجواز أن يكون داخلا في المنكر لاحتياجه إلى التعريف غير داخل في المعرف لاستغنائه عنه ولو حلف لا يدخل
هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام وإن جعلت مسجدا
أو حماما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث لاعتراض اسم آخر عليه ومن ضرورة حدوث هذا الاسم عليه
زوال ذلك الاسم واليمين قد انعقدت لما يسمى دارا أو لم يبق وقوله وكذا إذا دخله بعد الانهدام الحمام
ظاهر قوله وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت
فإنه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف حنث لبقاء الاسم قال الله تعالى فتلك بيوتهم
خاوية بما ظلموا أي بيوت منهدمة السقوف ولأنه يبات فيه وكون السقف وصفا فيه وكذا إذا بني بيتا
آخر فدخله لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام وإنه صار بيتا بسبب حادث واختلاف السبب يوجب
اختلاف العين فلا يكون داخلا في البيت المحلوف عليه فلا يحنث كذا في الشروح ومن حلف لا يدخل هذه
الدار فوقف على سطحها أو لصعود إليه من خارج حنث لأن السطح من الدار لأن الدار عبارة عما أحاط به
الدائرة وهو حاصل في علوها وسفلها ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد
ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يظن أن السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلاميه
لأنه قال من قبل والبناء وصف فيها وقيل إذا وقف على السطح لا يحنث في عرفنا قال الفقيه أبو الليث
في النوازل إن كان الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لأن الناس لا يعرفون ذلك دخولا
في الدار وكذا إذا دخل دهليزها حنث ذكره القدوري مطلقا وقال المصنف ويجب أن يكون على
التفصيل الذي تقدم يعني به إذا أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف وقوله وإن دخل في طاق

قوله

الباب ظاهر وقوله وجه الاستحسان تقديره القول بالموجب يعني سلمنا ان للدوام حكم الابتدا لكن فيما له
دوام والدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل وليس له دوام والاطلاق الذي يتبع الابتدا كالانفصال اولى لكونه حركة اسمه تسمى نقله وقوله ولو حلف لا يلبس هذا الثوب ظاهر وقول زفر قياس
وقولهم استحسان وحاصل كلامه ان الافعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله والفاصل
بينهما قبول التاقيت وعدمه فما قبل التاقيت قبل الامتداد وما لا فلا والاستدامة على الممتد بمنزلة
الانشاء قال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين اي فلا تمكث قاعدا لانه صلى الله عليه وسلم
كان يعظ الناس قاعدا وعلى هذا قالوا اذا قال لها كلما ركبت فانت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول
فيها طلقت وان مكثت مثلها طلقت اخرى لان للدوام حكم الابتدا وكلمة كلما تعم الافعال فيتكرر الجزاء
بتكرر الشرط ونوقض بما لو قال كلما ركبت دابة فعلي ان اتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وان
طال مكثه في الركوب ولو كان ما ذكرتم صحيحا للزمه اكثر من ذلك واجيب بان الاستدامة انما تعتد بمنزلة الانشاء
اذا لم يكن الانشاء الذي لم يتقدم مرادا ولهذا قلنا في هذا الفصل اذا كان راكبا وقت اليمين لزمه في كل وقت
يمكنه النزول والركوب لكون الانشاء الذي لم يتقدم غير مراد وانما قلنا بمعنى المدة والتوقيت احترازا عما
يقال في مثل كلامهم دخلت يوما وخرجت يوما ولكن لا بمعنى المدة والتوقيت وقوله ولو نوى
الابتداء الخالص يصدق لانه نوى محتمل كلامه سماه محتملا وان كان قوله لا اركب حقيقة في الابتدا
لانه حقيقة فيما اذا لم يكن راكبا واما اذا كان راكبا فالابتداء منه محتمل وقوله ومن حلف لا يسكن
هذه الدار يعني وهو متاهل بدليل قوله فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم يكن
متاهلا بل هو ممن يعوله غيره فخرج بنفسه لم يحنث والمتاهل ان حلف واما ان حلف على الدار
او المصر او القرية فان كان الاول فلا بد من نقل اهله ومتاعه وان كان الثاني يكتفي بنقله الى
مصر اخر على ما روي عن ابي يوسف وان كان الثالث فقد اختلف المشايخ فيه فحمله بعضهم
على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح والحاكم في ذلك العرف ليس الا ثم اختلفوا في كيفية
النقل على ما ذكر في الكتاب واعترض على قول ابي حنيفة بان سكناه كان بجميع ما كان فيه من الا
هل والمتاع فاذا خرج بعضه انتفى سكناه لان الكل ينتفي بانتفاء البعض واجيب بان الكل
ينتفي بجزء حقيقي لا اعتباري وما ذكرتم ليس كذلك وينبغي ان ينتقل الى منزل اخر بلا تاخير حتى
يبر وقال في الثاني اذا لم يمكنه النقل من ساعته لعذر الليل او منع ذي سلطان او عدم موضع ان
ينتقل اليه لم يحنث لان حالة الضرورة مستثناة خلافا لزفر وكذلك لو سد عليه الباب فلم يقدر
على الخروج او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد احدا ينقلها لم يحنث
حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر ونوقض بما ذكره الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل
ان من قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامراته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث وكذا لو
قال لامراته وهي في منزل والدها ان لم تحضري الليلة منزلي فانت طالق فمنعها الوالد من الحضور يحنث
واجيب بان في مسئلة الكتاب شرط الحنث السكنى وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار
ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة واما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج
والعدم لا يحتاج الى اختيار فان انتقل الى السكة او المسجد قالوا لا يبر وقيل يبر لانه لم
يبق ساكنا دليل الاول ما ذكرناه في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فلم يتخذ وطنا اخر
يبقى وطنه الاول في حق الصلاة كذا صورته كوفي نقل عياله ليستوطن بها فلما دخلها وتوطن بها
بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بها ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه
بمكة ولو بدا له في الطريق قبل ان يدخل مكة ان لا يستوطن مكة ويرجع الى خراسان فمر بالكوفة
فانه يصلي بالكوفة اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا اخر فكذا هذا اولى وبعض
الشروح فوقه قالوا لا يبر معناه اذا لم يكن في طلب مسكن اخر اما اذا كان وبقي على ذلك اياما
فلا يحنث في الصحيح وان لم ينتقل الى السكة او المسجد لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك
العذر مستثنا للضرورة **باب اليمين في الخروج** والاتيان والركوب وغير ذلك ذكر الخروج
ههنا ظاهر التناسب لان له مناسبة المضادة بالدخول واما الاتيان والركوب فانما يتحقق بعد الخروج
فاستتبعهما ذكر الخروج قوله ومن حلف لا يخرج من المسجد ظاهر ولذلك الحكم في الدار والبيت
وقوله ولو اخرجه مكرها صورته ان يحمله انسان فيخرجه مكرها لانه لم يوجد منه الفعل لا حقيقة ولا حكما

واما

(هامش: دراهم صح — بانتفائه صح — الى مكة صح)

واما اذا اهدده غيره فخرج خوفا من المكره يحنث لوجود الفعل منه ثم هل ينحل اليمين اذا حمل مكرها
قيل تنحل كما لو حلف لا يدخل دار فلان فهبت به الريح والقته فيها لم يحنث وتنحل اليمين وقيل لا ينحل
وهو الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا انه يحنث لانه كان متمكنا من
الامتناع فلم يمتنع صار كالامر بالاخراج وقوله والمضي بعد ذلك ليس بخروج يعني ان الخروج انتقال
من الداخل الى الخارج ولم يوجد وقوله ومن حلف لا يخرج الى مكة ههنا ثلاثة الفاظ الخروج والاتيان
والذهاب والاول شرط الحنث به الانفصال [illegible] عن مصره قاصدا الى ذلك دون الوصول
قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله واراد به الانفصال والثاني شرط الوصول
قال الله تعالى فاتيا فرعون فان وصل حنث سواء كان قاصدا او لم يكن والثالث اختلف فيه
المشايخ قال نصير ابن يحيى هو بمنزلة الاتيان لقوله تعالى اذهب الى فرعون والمراد به الاتيان
وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت
والاذهاب الازالة فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط فيه الوصول قال المصنف وهو الاصح
لانه عبارة عن الزوال وقوله ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهو على استطاعة الصحة دون
القدرة واعلم ان الاستطاعة تطلق على معنيين احدهما صحة الاسباب والالات قال
الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسره رسول الله صلى الله عليه
وسلم بالزاد والراحلة والثاني القدرة الحقيقية وهو نوع حادث يترتب عليها الفعل عند
ارادته ارادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون السمع
اذا عرفت هذا ففيما نحن فيه كلامه ينصرف الى الاول لانه المتعارف وان عنى الثاني وقد عجز عنه
باستطاعة القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى اي اراد حقيقة كلامه وقيل صدق
قضاء ايضا لما بينا انه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر لما بينا ان الاول
هو المتعارف وفيه تخفيف على نفسه ولو حلف لا تخرج امراته الا باذنه احتاج الى الاذن
لكل خرجة لو اذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا اذن حنث لان المستثنى خروج مقرون بالاذن
لان تقديره والله لا تخرجي الا خروجا ملصقا باذني لان الباء للالصاق فيقتضي ملصقا وملصقا
به فيكون ما وراءه اي ما وراء المستثنى داخلا تحت الحظر العام ولو نوى الاذن مرة صدق ديانة
لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر لكونه منكرا لمقتضى الباء ولو قال الا ان اذن لك كفى اذن واحد
لما ذكر في الكتاب واعترض عليه بقوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم وكان تكرار الاذن
لازما واجيب بان ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي وتمام التقرير فيه ذكرناه
في الانوار والتقرير ومعنى قوله لان هذه كلمة غاية كلمة تفيد معنى الغاية لان الا ان ليس موضوعا لها
بل للاستثناء وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن لانه فيجعل مجازا عن معنى حتى
لمناسبة بينهما وهو ان حكم ما قبل الغاية يخالف ما بعدها كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما
بعده فان رحمه الله ولو ارادت المراة الخروج صورة المسئلة ظاهرة وتسمى هذه اليمين يمين فور وهو في
الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريث فيها ولا لبث
فقيل جاء فلان وخرج فلان من فوره اي من ساعته وتفرد ابو حنيفة رضي الله عنه باظهاره اي باستنباطه
وكان الناس قبله يقولون اليمين نوعين مؤبدة وموقتة لفظا ثم استنبط ابو حنيفة رضي الله عنه الثالث
وهو المؤبد لفظا والموقت معنى وقد اخذه من حديث جابر وابنه حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا
ان لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا واعتبر في ذلك العرف فان الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ
منعها عن الخرجة التي تهيأت لها من الخروج على البديهة فاذا دامت فقد تركت تلك الخرجة وانتهت
اليمين فلا يحنث بعد ذلك وان خرجت والعرف له اعتبار في باب الايمان وعلى هذا لو اراد الرجل
ضرب عبده فقال الاخر ان ضربته فعبدي حر تتقيد بتلك الضربة وعلى هذا اذا قال له رجل اجلس
فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر وكلامه ظاهر ولو قال ان تغديت اليوم يحمل مبتدا لانه
زاد على مقدار الجواب ففي تطبيقه على السؤال الغاء الزيادة فان قيل الزيادة لا تخرجه عن كونه جوابا
للسؤال الا ترى الى قوله تعالى هي عصاي اتوكؤ عليها واهش بها على غنمي ولي فيها مآرب اخرى في
جواب قوله تعالى وما تلك بيمينك يا موسى كيف زاد على مقدار الجواب وهو ان يقول عصا ولم يخرجه
عن كونه جوابا اجيب بان كلمة ما تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات وحيث وقعت

(هامش: عبارة عن صح — حتى يستثنى الاذن صح)

في حيز السوال اشتبه علي موسي عليه الصلاة والسلام ان السوال وقع عن الذات او الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا علي كل حال قال صاحب النهاية الي هذا اشار في الفوايد الظهيرية وفيه نظر لان اهل البلاغة اتفقوا علي ان وصف العصا بالعصا لم يكن عاقله سلمناه ولكن الافعال المستنده الي موسي عليه الصلاة والسلام لاتكون اوصافا ولين كانت لاتكون اوصافا للعصا واقول الزياده علي حرف الجواب لايصرفه عن كونه جوابا البتة وانما يجعل كلاما مبتدا اذا كان ثمه مصرف يمكن حمله عليه للزيادة كما في المسيلة وليس في الاية ذلك فلم يصرف عن كونه جوابا بلموح الي هذا قوله فيجعل هذا مبتديا قوله ومن حلف لا يركب دابه فلان الدابه في اللغه كل مايدب من الحيوان اي يتحرك ماشيا علي وجه الارض قال الله تعالي وما من دابة في الارض الا علي الله رزقها ويتعلق الركوب بما يتركب منها مراد كالفرس والبغل والبعير والحمار والبقر والجاموس والفيل في القياس واستحسن العلما في عقد اليمين بما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير اخذا من قوله تعالي والخيل والبغال والحمير لتركبوها ذكر منه الركوب في هذه الانواع الثلاثه فاما في الانعام فقد ذكر منفعة الاكل بقوله تعالي والانعام خلقها لكم الايه وبالعرف فانه اذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه احد انه ركب البقر او الفيل وان كان يركب في بلاد الهند الا اذا نوي جميع ذلك فيكون علي مانوي لحقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرف هذا فمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفه هذا اذا لم ينوه فاما اذا نوي ركوب دابة العبد فيحنث الا اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوي لانه لاملك للمولي فيه عنده اي فيما ملكه العبد المديون عند ابي حنيفه حتي لو عتق عبد عبده وبليح ماذكرنا المستثني منه في قوله الا انه اذا كان عليه دين وهو المقدر الذي اظهرناه وان كان الدين غير مستغرق اولم يكن عليه دين لا يحنث مالم ينوه لان الملك فيه للمولي لكنه يضاف الي العبد عرفا حيث يقال دابة فلان ولم يقل دابة فلان وشرعا قال صلي الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله لمولاه فتختل الاضافه الي المولي فلا بد من النيه وقال ابو يوسف يحنث في الوجوه كلها وهي ثلاثه وهي ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين غير مستغرق اذا نوي ووجه ذلك ان دين العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولي عنده الا انه يضاف الي العبد فتختل الاضافه الي المولي فلا يدخل تحت مطلق الاضافه الا بالنية وقال محمد يحنث في الوجوه كلها وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك للعبد اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عنده

باب اليمين في الاكل والشرب

قد ذكرنا ان اول ما يحتاج اليه الانسان المسكن ثم الاكل والشرب وهذا الباب لبيان اليمين عليهما واعلم ان ما يصل الي جوف الانسان لايخلوا عن اربعة اوجه ماكول ومشروب وممصوص وملعوق والماكول ما ياتي فيه المضغ والهشم لا الممضوغ حتي لو ابتلع ما ياتي فيه المضغ من غير مضغ يسمي اكلا والمشروب مالا ياتي فيه ذلك فلو حلف لا ياكل لبنا فشربه لم يحنث ولو حلف لا يشربه فثرد فيه واكل لم يحنث والممصوص هو ما يحصل لغير علاج اللهاه فلو حلف لا ياكل عنبا او رمانا فمصه ورمي ثفله وابتلع ماءه لم يحنث لا في الاكل ولا في الشرب والملعوق هو ما يتناول بالحس بالاصبع والشفاه اذا عرف هذا رجعنا الي ما في الكتاب فقوله لاياكل من هذه النخلة يعني اذا كانت لها ثمرة واما اذا لم تكن فاليمين تقع علي ثمنها لانه اضاف اليمين الي ما لا يوكل فينصرف الي ما يخرج منه لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الي المجاز وما يخرج منه صالح لكونه مجازا لانه اي مالا يوكل سبب له اي لما يخرج منه وذكر السبب وارادة المسبب مجاز شايع ولكن يشترط ان لايتغير بصنعة جديدة لان ما يصنع من ذلك الثمر ليس بثمر فلا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وقيد بالمطبوخ وان كان الدبس لايكون الا مطبوخا احترازا عما اذا اطلق اسم الدبس علي ما يسيل من الرطب كما ذكره في بعض المواضع من الذخيرة وغيره قوله ومن حلف لاياكل من هذا البسر ظاهر وكلامه يشير الي قاعدة هي ان اليمين اذا انعقدت علي عين بوصف يدعوا ذلك الوصف الي اليمين تتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم فلذلك لايحنث من حلف لاياكل من هذا البسر او الرطب او اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا وهو الذي استخرج ماوه كالفالوذج اي ثخن فاكل فعلي هذا اذا حلف لايكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغي ان لا يحنث لان الصبي مظنة السفه والشباب شعبه من الجنون فكانا وصفين داعيين الي اليمين وقد زال الا عند الشيخوخه فكان الواجب ان لايحنث فاجاب بقوله وهذا الجلاف ما اذا حلف لايكلم هذا الصبي الي اخره ووجهه ان القاعدة المذكوره تقتضي ذلك لكن الشرع اسقط اعتبارها لانه نهي عن هجران المسلم بمنع الكلام قال صلي الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا الحديث والمهجور شرعا

كالمهجور

كالمهجور عادة فانعقد اليمين علي الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة فيحنث في يمينه واعترض بدليل الكتاب بانا سلمنا ان هجران المسلم حرام لكن الحرام يمنع محلوفا عليه كما لو قال والله ليشربن اليوم خمرا واجيب بان الكلام في ان الحقيقة يجوز ان يترك بهجران الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا للمجاز كلا لامر المسلم علي الصلاح واما ان اليمين تنعقد علي الحرام المحض فلا كلام فيه ومن حلف لاياكل لحم هذا الحمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث ظاهر فان ومن حلف لاياكل بسرا هذه المسيلة علي اربعة اوجه اذا حلف لاياكل بسرا فاكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من قبل ذنبه وهو ماسفل من جانب القمع والعلاقة وتفسيره هو الذي عامته بسر وفيه شي من الرطب حنث في يمينه في قولهم وكذا اذا حلف لاياكل بسرا فاكل رطبا فيه شي من البسر حنث في قول ابي حنيفه رضي الله عنه وقالا لا يحنث ولو حلف لاياكل رطبا فاكل بسرا فيه شي من الرطب حنث عنده خلافا لهما علي رواية الكتاب وذكر في الايضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد مع ابي حنيفه في انه يحنث في هاتين الصورتين قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته ان الرطب المذنب يسمي رطبا فاذا حلف لاياكل بسرا واكل الرطب المذنب فقد اكل الرطب لا البسر فلا يحنث وكذلك بالعكس وصار كما اذا حلف لايشتري رطبا فاشتري بسرا مذنبا لا يحنث وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب علي عكسه فيكون اكله اكل البسر والرطب فيحنث في الصورتين وان كان احدهما غالبا والاخر مغلوبا الا تري انه لو ميزه فاكله حنث بالاتفاق فكذا اذا اكله مع غيره واستشكل بما اذا حلف لايشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث وان المحلوف عليه وزيادة واشار المصنف الي الجواب عنه بقوله وكل واحد مقصود في الاكل يعني بخلاف صورة اللبن لما صب فيه من الماء شايع في جميع اجزاء اللبن فصار مستهلكا ولهذا لا تري مكانه فلم يكن كل واحد منهما مقصودا بالشرب قوله بخلاف الشرا جواب عن قياسهما صورة النزاع علي الشرا وهو ظاهر قوله ولو حلف لايشتري رطبا كالبيان للمسيلة المتقدمة وهو ظاهر ومن حلف لاياكل لحما فاكل السمك لم يحنث والاصل فيه ان اللفظ اذا تناول افرادا وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور لان اللحم من الالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم في السمك ضعيف وقال المصنف لادم فيه جعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معني اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وموضعه اصول الفقه وان اكل لحم خنزير او انسان حنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام محض واكل لحم الخنزير والانسان حرام محض فكيف تعلق وجوب به واجيب بان هذه مغالطة لان الكفارة الي هذا قوله واليمين تنعقد للمنع عن الحرام قوله وكذا اذا اكل كبدا اظاهر قوله ومن حلف لاياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتي يقضمها والقضم الاكل باطراف الاسنان من باب لبس وانما وضع المسيلة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه علي اكل حنطة لا بعينها ينبغي ان يكون الجواب علي قول ابي حنيفه كالجواب عندهما فانه في النهاية هكذا ذكر شيخ الاسلام في زيادات الاصل وهذه المسيلة علي اوجه احدها ان ياكل حبا كما هي فاكل من خبزها او سويقها لا يحنث بالاتفاق لانه اراد حقيقة كلامه فيتقيد اليمين بها والثاني ان ينوي ان لاياكل ما يتخذ منها لا يحنث باكل عينها كذلك والثالث ان لايكون له نية فاكل من خبزها لم يحنث عند ابي حنيفه خلافا لهما والوجه من الجانبين ماذكره في الكتاب ومبناه علي ان الحقيقة المستعمله عنده اولي من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس فموضعه اصول الفقه ولو حلف لاياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث بالاتفاق لان عينه غير ماكول فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الي المجاز وهو ما يتخذ منه ولو استفه اي اكله من غير مضغ لايحنث هو الصحيح وانما قال هو الصحيح احترازا عن قول بعض مشايخنا انه يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لاتسقط به وهذا لان عين الدقيق ماكول والاصح انه لا يحنث لان هذه حقيقة مهجوره ولما انصرفت اليمين الي ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبيه ان نكحتك فعبده حر فزني بها لم يحنث لان يمينه لما انصرف الي العقد لم يتناول حقيقة الوطي قوله ولو حلف لاياكل خبزا ظاهر وطبرستان اسم اكبر ولايتها آمل وقيل اصلها تبرستان لان اهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس فعربوه الي طبرستان قوله ومن حلف لاياكل الشوا ظاهر قوله وهذا لان التعميم متعذر لان الدوا المسهل مطبوخ ونحن نعلم يقينا انه لم يرد ذلك فينصرف الي خاص وهو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء لو اقلي مقلوبا لا يسمي مطبوخا فلا يحنث باكلها ومن حلف لاياكل الروس فيمينه علي ما يكبس في التنانير اي يطم به التنور يعني يدخل فيه من كبس الرجل راسه في جيب قميصه اذا ادخله فيه ويباع في المصر لان راس الجراد راس حقيقة وليس بمراد فينصرف الي المجاز وفسره في الجامع الصغير علي ما ذكر في الكتاب والعرض

المتعارف

على هذا بان لحم الانسان والخنزير لا يباع في الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف لا ياكل لحما واجيب بما حاصله الفرق بان الراس غير ماكول بجميع اجزايه لان منها العظم فكانت الحقيقة متعذره فيصار الى المجاز المتعارف وهو ما يكبس في التنانير ويباع في الاسواق واما اللحم فيوكل بجميع اجزايه فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث باكل لحم الانسان والخنزير فان قلت الحقيقة ان لم تكن متعذرة فهي مهجورة شرعا والمهجور

المهجور

شرعا كالمهجور عادة وفي المهجور شرعا يصار الى المجاز كما في المهجور عادة قلت شرعا هو الذي لا يكون شي منه افراد معمولا به كما يحلف على ترك كلام الصبي وههنا ليس كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن لا يطرد في الشراء فان الراس تشتري بجميع اجزايه فلم تكن الحقيقة متعذرة اجيب بان من الروس ما لا يجوز اضافة الشرا اليه كرووس النمل والذباب والادمي فكانت متعذره ومن حلف لا ياكل فاكهه فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثا او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفه وقالا يحنث في العنب والرطب والرمان ايضا يعني لا في القثا والخيار فكانت المسيلة على ثلاثة اوجه في وجه يحنث بالاتفاق وهو ان يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان ويستوي في ذلك الرطب واليابس وفي وجه لا يحنث بالاتفاق وهو ان ياكل الخيار والقثا لانه يوكل مع البقول وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان اذا لم يكن له نية وكلامه ظاهر لا مايذكره فقوله زيادة على المعتاد اي على الغذا الاصلي حتى يسمى النار فاكهة والمزاح فاكهه لزيادة التنعم فيها والرطب واليابس فيه سوا يعني ان ما كان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه ويابسه ويابس هذه الاشيا لا يعد فاكهة فيجب ان يكون رطبها كذلك لانها من البقول

البقول

بيع فان بايع البقول هو الذي يبيعها لا غير واما اكلا فانها يوضعان على الموايد حيث يوضع النعناع والبصل ان هذه الاشيا مما يتغذي بها يعني العنب والرطب ويتداوي بها يعني الرمان ولهذا كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان او من الاقوات كيابس العنب والتوابل جمع التابل بفتح البا وكسرها والاصل في هذا ان اللفظ اذا اطلق على افراد في بعضها دلالة على زيادة يعني ليس في مفهوم اشتقاقه لم يتناوله كما تقدم في صورة النقصان في اللحم ولو حلف لا ياتدم فكل شي اصطبغ به فهو ادام اصطبغ على بنا المفعول كذا كان مقيد الخط الثقات وهو افتعل من الصبغ ويقال اصطبغ بالخل ومن الخل ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل ولو حلف لا ياتدم اي لا ياكل اداما فكل شي اصطبغ به فهو ادام ولا ينعكس فالخل والزيت واللبن والزبد والملح ادام والشوا ليس بادام وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف في رواية الاصل وقال محمد ما يوكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهذه رواية عن ابي يوسف وحاصل ذلك على ثلاثة اوجه ما يصطبغ به فهو ادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر وامثالها مما يوكل وحده غالبا ليس بادام بالاتفاق وفي اللحم والبيض والجبن اختلاف جعلها محمد اداما خلافا لهما لمحمد ان الادام من الموادمة وهي الموافقة وكل ما يوكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يوكل تبعا في العرف والعادة والتبعية على نوعين حقيقة وذلك في الاختلاط ليكون قايما به وحكمية وهو ان لا يوكل على الانفراد واللحم لا يختلط فلا يكون تبعا حقيقة ويوكل منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون اداما وتمام الموافقة بالامتزاج جواب عن قوله لان الادام من الموادمة يعني سلمناه ولكن الموادمة التامة الكاملة في الامتزاج ايضا ولم يوجد في هذه الاشيا الا ان ينويه لما فيه من التشديد بخلاف الخل وغيره من المايعات فانها لا توكل وحدها بل تشرب والملح لا يوكل وحده ويذوب فيتبع فكان اداما والعنب والبطيخ ليس بادام يعني بالاتفاق كما ذكرنا هو الصحيح كذا ذكر شمس الايمة السرخسي وقال بعض مشايخنا انه على هذا الاختلاف اذا حلف لا يتغدي فالغدا الاكل من طلوع الفجر الى الظهر قال في النهاية هذا توسع في العبارة ومعناه اكل الغدا او العشا والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغدا اسم لطعام الغدا لا اسم اكله ولهذا اسمي الظهر احد صلاتي العشا في الحديث ذكره في الايضاح في باب الحلف على الغدا

وقوله

فقال انه ورد في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى احدي صلاتي العشا ركعتين يريد به الراوي الظهر او العصر ويعتبر عادة اهل كل بلد في حقهم يعني ان كانت خبز الخبز وان كانت لحما فلحم حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغدا فشرب اللبن لم يحنث والبدوي بخلافه لانه غدا في البادية ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع رواه المعلى عن ابي يوسف وهو صحيح لان من اكل لقمة او لقمتين يصح ان يقول ما تغديت وما تعشيت ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيا دون شي لم يصدق قضا ولا ديانة لان النية انما تصح في الملفوظ لانها لتعيين بعض محتملات اللفظ والثوب وما يجانسه غير ملفوظ فلا يصح نيته فان قيل هب انه غير ملفوظ لكنه مقتضى ليس انه

ثابت

ثابت مقتضي والمقتضي كالملفوظ اجاب بقوله والمقتضي لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه فان قيل المقتضي امر شرعي واقتضار الاكل الى الطعام ليس كذلك لانه يعرفه من لم يعرف الشرع قلت يجوز ان يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من ان المقتضي هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به لكن يكون من ضرورة اللفظ اعم من ان يكون شرعيا او عقليا فان قيل سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان خرجت فعبدي حر ونوي السفر فانه يصدق ديانة مع ان السفر او الخروج غير مذكور لفظا وبلفظه وبين ما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوي ان لا يسكن في بيت واحد فان النية صحيحة مع ان المسكن غير مذكور لفظا حتى لو سكن معه في الدار لا يحنث اجيب بان الاول ممنوعة منعها

لو هشام ح

القضاة الاربع ابو هيثم وابو حازم وابو طاهر الدباس والقاضي القمي ولين سلم فقوله ان خرجت ولا يساكن فلانا يدلان على المصدر لغة وقد وقع الثاني في صريح النفي والاول في معناه فتنا ولا لعمومهما عددا من الخروج والسفر والسكن فجاز تخصيصها الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضا ومن حلف لا يشرب من دجله فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا اي حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب يقال كرع الرجل في الماء اذا امد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة تدخل فيه اكارعها والكراع مستدق الساق وهذا عند ابي حنيفه رضي الله عنه وقالا اذا شرب بانا حنث ومبناه على ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس اما كون المجاز متعارفا فظاهر فان المفهوم من قولهم اهل فلان يشربون من دجله انهم يشربون من مايها واما ان الحقيقة مستعملة فلان الناس يكرعون من الانهار والاودية وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ما بات في شن والا كرعنا ولهذا اذا كرع حنث بالاجماع فان قيل لا نسلم ان الحنث في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان وح يجب ان يحنث بالشرب بالانا وغيره لان الحكم في عموم المجاز كذلك فالجواب ان المصير الى عموم المجاز انما يكون بعد تعذر الحقيقة او هجرانها وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا مصير اليه ولو حلف لا يشرب من ما دجلة ظاهر فان ومن

قال ان لم اشرب الما الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ما لم يحنث علم عدم الما في الكوز او لم يعلم فان كان فيه ما فاهريق قبل الليل لم يحنث وقال ابو يوسف حنث في ذلك كله فيهما كان فيه الما وفيما لم يكن

عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح واعترض على وجههما بان البر متصور في صورة الاراقة لان اعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان متصورا واجيب بان البر انما يجب في هذه الصورة في اخر جز من اخر الليل اليوم بحيث لا يتسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه باعادة الما في الكوز وشربه في ذلك الزمان ولو كانت

لا يسع ح

اليمين مطلقة اي عن ذكر اليوم ففي الوجه الاول يعني اذا لم يكن في الكوز ما لم يحنث عندهما وعنده يحنث في الحال وفي الوجه الثاني وهو ان يكون فيه ما واهريق يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف فرق في الوجه الاول وهو الذي لم يكن في الكوز ما بين المطلق عن ذكر اليوم وبين الموقت به فقال في المطلق انه يحنث في الحال وفي الموقت يتوقف حنثه الى اخر اليوم الى غيبوبة الشمس ووجه ما ذكر ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في اخر الوقت فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى عقدت على فعل في المستقبل موقتة بوقت ممتد يتعين الجز الاخير للانعقاد لان الوقت ظرف له فيلزم في جز منه ويتعين اخره وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال كما في بعض الشروح وقال في النهاية فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت في مسيلة الوجه الثاني وهو ما اذا كان في الكوز ما فاهريق قبل الليل فقال في المطلق يحنث حال وقت الاراقة من غير توقف الى الليل وفي الموقت لا يحنث في الحال بل يتوقف حنثه الى اخر اليوم وهما فرقا بين المطلق والموقت يعني في هذا الوجه على ما ذكر في الكتاب واشار بقوله كما اذا مات الحالف والمايي قال الى ان بقا المحل شرط في البر كبقا الحالف واشار بقوله كما اذا اعقده ابتدا في هذه الحالة الى ان وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقايها ومن حلف ليصعدن في السما على ما ذكره ظاهر

اوجبت ح

واعترض بان تصور البر لو كان كافيا في حلفه الكفارة لوجبت في الغموس لان الله تعالى قادر على اعادة الزمان الماضي وقد فعلها لسليمان صلى الله عليه وسلم واجيب بان البر في الغموس بان يجعل الفعل الذي لم يوجد موجودا منه وهو مستحيل وان كان منصورا تصوره ينعقد اليمين انما كان كذلك لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى بعتمد التصور دون القدرة فيما له حلف الاتي ان الصوم واجب على الشيخ الفاني ولم يكن له قدرة لمكان التصور والخلف فكذلك هنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز

المقصود ح

الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم

باب اليمين في الكلام

لما ذكر بيان ايمان السكنى والدخول والخروج والاكل والشرب للمعنى الذي ذكرنا شرع في بيان الفصل الذي يستتبع الابواب المتفرقة وهو الكلام اذ اليمين في العتق والطلاق والبيع والشرا واليمين في الحج والصلاة والصوم من انواع الكلام فذكر الجنس متقدم على ذكر النوع ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام ان التكليم عبارة عن اسماعه كلامه كما في تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان اسماع الغير امر باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب المودي اليه مقامه وهو ان يكون بحيث يكون لو اصغى اليه اذنه ولم يكن به مانع من السماع يسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع وكلامه واضح لتغافله اي لغفلته قوله وفي بعض روايات المبسوط يريد ما روي عن رواية فناداه وايقظه وهذه تدل على انه متى ناداه بحيث لو كان يقظان يسمع صوته حنث وان لم يوقظه وقال شمس الائمة السرخسي والاظهر انه لا يحنث واليه الاشارة بقوله وعليه مشايخنا والوجه ما ذكره في الكتاب ولو حلف لا يكلمه الا باذنه قوله ظاهر قوله والاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وذلك كمقتضي السماع ولم يوجد واعترض بانه لو كان كذلك لما صار العبد ماذونا واذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير ماذونا فلم يكن الاذن محتاجا الى الوقوع في الاذن واجيب بان الاذن هذا الحجر في حق العبد والعبد يتصرف باهلية نفسه ومالكيته فيثبت بمجرد الاذن واما في اليمين فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام لذلك وهو مبني على تخصيص العلة ولعله واضح عند الاصولي وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين لان ما يلي اليمين صالح لحلية البراي جزء كان من اجزاء الليل والنهار واذا كان كذلك وقد وقع النكرة في سياق النفي كان اليمين مؤبدا فذكر الشهر لاخراج ما وراءه عملا بدلالة الحال وهي الغيظ الذي لحقه في الحال بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم يتابد اليمين اما لانه نكرة في سياق الاثبات واما لان الصوم غير صالح للتابيد لتخلل الاوقات التي لا تصلح ان تكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم وانه منكر فاليه تعيينه قوله وان حلف لا يتكلم فقرا القران واضح قوله ولو قال يوم اكلم فلانا ههنا ثلاث عبارات نهارا اكلم فلانا وليلة اكلم فلانا فالاول لبياض الزمان خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث والثانيه لسواده فلو كلمه نهارا لم يحنث وما جاء استعماله في مطلق الوقت وما جاء في قول ابن عمر كنا حسنا كل سورة اتمه ليالي لاقينا الهديم وحميرا يراد به الوقت فليس مما نحن فيه لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما في الشعر بلفظ الجمع وذكر احد العددين بعبارة الجمع يعني دخول ما بازايه من العدد الاخر وذلك اصل اخر غير ما نحن فيه والثالثة يعتبر ما قرن به ان قرن لفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام مما لا يمتد وان قرن به ما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار والبحث فيه وظيفة اصولية وقد قررناه في التقرير فان عني في قوله يوم اكلم فلانا خاصة صدق في القضا لانه مستعمل ايضا قال الله تعالى اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة والمراد بياض النهار قوله لانه غاية اماني كله حتى فطام واما في الا ان فلعدم مناسبة الاستثنا معنى الغاية وكونه مجاز اللغاية قوله فان مات فلان يعني الذي اسند اليه القدوم او الاذن سقط اليمين لانتفا تصور البر فان قيل اعادة البر ممكنة فكان الواجب ان لا يبطل اليمين فالجواب ان اليمين انعقدت على القدوم او الاذن في حياته القايمة لا المعادة بعد موته وهي غير المعادة لا محالة ولهذا قلنا اذا قال لا قتلن فلانا وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا ينعقد اليمين لانها وقعت في الحياة القابلة للزهاق فصل ومن حلف لا يكلم عبد فلان اذا وقعت اليمين على فعل يتعلق بمركب اضافي فاما ان يكون مع الاضافة اشارة اولا وكل منهما اما ان تكون الاضافة فيه اضافة ملك او اضافة نسبة فان لم يكن مع الاضافة اشارة كما اذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرة فلان او صديق فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف عليه في اضافة الملك وكذا في اضافة النسبة عند ابي حنيفة وعند محمد تعتبر النسبة وقت الحلف فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق وكذا اذا كلم طلق امراته او عادى صديقه عنده وعند محمد يحنث كذا ذكر في الزيادات وجه قول محمد ان هذه الاضافة للتعريف لان المراة والصديق يهجران لذاتهما مقصودا لا لاجل المضاف اليه وما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستغنا عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه اي بعين كل واحد منهما كما في الاشارة بان قال لا اكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه ووجه ما ذكره ههنا يعني

يعني عدم الحنث وهو قول ابي حنيفه رضي الله عنه وهو رواية الجامع الصغير فانه ذكر قول محمد في الزيادات وقول ابي حنيفه في الجامع الصغير ولم يذكر لابي يوسف قول وقال فخر الاسلام يحتمل ان يكون قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفه انه يحتمل ان يكون عن هجرانه اي كل واحد من المراة والصديق لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه ويحتمل ان لا يكون فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك واما اذا كان مع الاضافة اشارة بان قال عبد فلان هذا او امراة فلان هذه او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المراة والصديق في قول ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد حنث في العبد ايضا وهو قول زفر وجه قولهما ان الاضافة للتعريف وتقديره الاضافة للتعريف وما هو للتعريف يلغو عند وجود ما هو ابلغ منه فيه والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف الاضافة لجواز ان يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمراة ووجه قولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان اي الدابة والدار والثوب لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي اذ ذاك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمراة لانه تعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعني اضافة الملك لتعيين المضاف اليه لذلك واعترض بان الدابة والدار والمراة يجوز ان تهجر لذاتها لشومها كما جاء في الحديث واجيب بان ذلك احتمال لم يقترن به عرف فلا يكون معتبرا قوله ولو حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان ظاهر قوله وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب عما يقال لو كانت الصفة في الحر لغوا لحنث اذا حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا وتقريره الصفة في الحر لغو اذا لم تكن داعية الى اليمين وهذه كذلك على ما مر من قبل يعني اول باب اليمين في الاكل والشرب بخلاف الرطب فان صفته داعية الى اليمين

فصل لما كان المسايل المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقا بالازمان سماه فصلا ومن حلف لا يكلم فلانا حينا او زمانا او الحين او الزمان ولا نية له على شيء من الوقت فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد به وقت الصلاة وقد يراد به اربعون سنة وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين اي كل ستة اشهر من وقت الطلع الى وقت الرطب ستة اشهر ومعناه انه ينتفع بها في كل وقت لا ينقطع نفعها البتة وهذا هو الوسط اليه ام فينصرف اذا لم تكن له نية قوله وهذا اي الانصراف الى ستة اشهر لان القصير لا يقصد بالمنع لعدم الحاجة الى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة لانه يوجد فيها عادة بلا يمين والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد لانه من اراد ذلك يقوله ابدا في العرف فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ولو سكت تابد اليمين بحيث ذكر لابد له من فايدة ما سوى المستفاد عند عدم ذكره والا لا يكون لذكره فايدة فتعين الاوسط قوله وكذا الزمان ظاهر قوله وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد يعني يقع على ستة اشهر المعرف والمنكر سوا وقال ابو حنيفه الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر قوله هو الصحيح احتراز عن رواية بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفه انه قال لا فرق على قول ابي حنيفه بين قوله الدهر ودهر واذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه فاما ان يكون ستة اشهر كما قالا واما ان يكون يقع على الابد كما قال بعض اصحابنا ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم وهو الذي ذكره المصنف بقوله اما المعرف بالالف واللام فيراد به الابد عرفا ووجه الجانبين في المنكر ما ذكره في الكتاب وهو واضح فان قيل ذكر في الجامع الكبير واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او ايام ما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها الجمع المتفق عليه فكان ابو حنيفه ايضا قايلا في دهور منكرة بثلاثة منها وكل دهر ستة اشهر كما هو قولهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة الافراد فكيف حكم في الجمع وتوقف في المفرد واجيب بان ذلك تفريع لمسيلة الدهر على قول من يدعي معرفة الدهر وكانه قال من وقف على معرفة معنى الدهر يجب عليه ان يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة في الازمنة والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة وبيان اختلاف الاشتغال فيه ان معرفة يقع على الابد بخلاف الحين والزمان ويقال دهري لمن قال بالدهر وانكر الصانع وحكى الله تعالى عنهم بقوله وما يهلكنا الا الدهر وقال صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فهذا اسم لم توقف على مراد المتكلم عند الاطلاق والتوقف في مثل ذلك لا يكون الا من كمال العلم والورع ومن حلف لا يكلمه ايام فهو على ثلاثة ايام هو رواية الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة كما في المعرف قال الامام السرخسي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع اصح لانه ذكر الايام بالتنكير ولا دلالة فيه

علي الجنس و العهد فيقع علي اقل الجمع وهو الثلاثة ولو حلف لا يكلمه الايام فهو علي عشرة ايام عند ابي
حنيفه وقالا علي ايام الاسبوع والاصل لان حرف التعريف اذا دخل في اسم الجمع ينصرف الي اقصي ما
ينطلق عليه اسم الجمع عند ابي حنيفه وهو العشرة لان الناس يقولون في العرف ثلاثة ايام و اربعة
ايام الي عشرة ايام ثم بعد ذلك يقولون احد عشر يوما وماية يوم والف يوم فلما كانت العشرة اقصي
ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المراد بخلاف ما اذا حلف لا يتزوج النساء حيث يقع اليمين علي الواحدة
لتعذر صرفه الي اقصي ما ينتهي اليه اسم النساء وعندهما ينظر ان كان ثمة معهود ينصرف اليه والا ينصرف
الي جميع العمر وفي الايام المعهود في عرف الناس ايام الاسبوع وكانت مراده وفي الشهور المعهودة
شهور السنة فكانت مراده وهي اثني عشر شهرا ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف يمينه الي جميع
العمر قوله لانه يدور عليها قيل اي لان الشهور تدور علي اثني عشر وكان القياس ان يقول لانها تدور عليه
ولكن اول بالمذكور في الاول وبالافراد في الثاني قوله ومن قال لعبده ظاهر قوله وقيل لو كانت اليمين
بالفارسيه يعني مثل ان يقول اكر خدمت كني مرا روزها بسيار تو آزادي اذا خدم سبعة ايام ينبغي
ان يعتق لان في لساننا تستعمل في جميع الاعداد لفظه روز فلا يجي ما قال ابو حنيفه في العربيه من انها
لفظ الجمع الي العشرة فلذلك اريد في العربيه اكثر ما ينطلق عليه اسم الايام لان بعد ذلك لا يقال ايام
بل يقال احد عشر يوما وماية يوم والف يوم وقيل في تعليل المصنف نظر لان لفظ الفرد بالفارسي اما
ان يفهم منه معني الجمع اولا فان فهم ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء وان لم يفهم ينبغي ان لا يكون الاسبوع
مرادا ايضا ويمكن ان يجاب عنه بانه يفهم منه معني الجمع قوله ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء قلنا
ممنوع لان لفظ الفارسي وان افاد معني الجمع لكن لا ينتهي الي ان يكون الي العشرة وتخصيص ايام الا
سبوع لكونه المعهود او لعدم القايل بالفصل باب اليمين في الطلاق والعتاق قدم هذا الباب
علي غيره لان الحلف بهما اكثر وقوعا فكان معرفة احكامه اهم من غيره ومن قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت
طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ولو قال ذلك لامته وعلق به الحريه عتقت لان الشرط ولادة الولد
وقد تحققت لان الموجود مولود حقيقة عرفا وحكما اما حقيقة فظاهر وكذلك عرفا لانه في العرف يسمي
ولدا واما شرعا فلان الشرع اعتبره ولدا حتي تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد واذا
تحقق الشرط ثبت الحكم واذا قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي
وحده عند ابي حنيفه رضي الله عنه وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت
علي ما بينا ان الموجود مولود الي اخره لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لا الي جزاء كما لو
قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار بعد ما ابانها وانقضت عدتها ينحل اليمين
لا الي جزاء قوله ولابي حنيفه ان مطلق اسم الولد يتقيد بوصف الحياة دلالة لانه قصد اثبات
الحريه له جزاء والميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال اذا ولدت ولدا حيا ولم يوجد بخلاف جزاء الطلاق
وحرية الام لانه اي الجزاء لا يصلح مقيدا لاستغنايها عن حياة الولد فلم يكن الشرط الا ولادة
الولد وقد تحققت علي ما بينا واستشكل بما لو قال اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشتري عبد الغيره
انحلت يمينه حتي لو اشتري بعد ذلك عبد النفسه لم يعتق مع انه جعل اشتري العبد شرطا
لحريته وعبد الغير ليس محلا للحرية عن المشتري لعدم ملكه واجيب بان الاضمار انما يكون لتصحيح الكلام
والحاجه الي اضمار الملك لتصحيحه ليست كالحاجه الي اضمار الحياة لان الحريه بدون الحياة لا تتصور
اصلا وفي ملك الغير تتصور موقوفة علي الاجازة فلا يلزم من وجوب اضمار الحياة اضمار الملك
ولو قال اول عبد اشتريته فهو حر علي ما ذكر في الكتاب ظاهر وكذا قوله اول عبد املكه واحد فهو حر
فاشتري عبدين معا ثم اشتري اخر لا يعتق الثالث مع ان معني التفرد فيهما علي طريقة واحدة
وفرق بينهما علي الطريقة واحدة وفرق بينهما بان واحدا يقتضي نفي المشاركة في الذات ووحده
تقتضيه في الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدق الرجل في قوله في الدار رجل واحد وان كان
معه فيها صبي او امراة وكذب في ذلك اذا قال وحده واذا كان كذلك قلنا اذا قال واحد انه
اضاف العتق الي اول عبد مطلق لان قوله واحدا لم يفد امرا زايدا علي ما افاده لفظ اول فكان
حكمه كحكمه واذا قال وحده فقد اضاف العتق الي اول عبد مطلق لا يشاركه غيره في التملك والثالث
بهذه الصفة فيعتق قوله وان قال اخر عبد اشتريته فهو حر واصح قوله ويعتبر في جميع المال
يعني اذا كان اشتراه في الصحة وقوله حتي يعتبر من ثلث المال يعني علي كل حال لان شرط العتق
حريته

المعهود

يعني ان الولد وان كان مطلقا في اللفظ لكنه مقيد بوصف الحياة صح

اول عبد اشتريته وحده وهي من مسايل الجامع الكبير واستشكل بما لو قال صح

الحرية العبد المشتري وهي لا تثبت الا بعدم شرا غيره بعده وعدم شرا غيره يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا
عنده فيقتصر عليه ولابي حنيفه فان الموت معرف وتقديره انه لما اشتري الثاني بعد الاول يثبت صفة
الاخرية فيه لكن كان يحتمل ان يزول بشرا غيره فلا يحكم بعتقه ما لم يتحقق فاذا مات ولم يشتر غيره عرفنا
تقرر صفة الاخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت كما لو تحقق الانتهاض الاستحاضة لما كانت الحوادث الدم لا يتحقق
لجواز ان ينقطع الدم فيما دون ثلاثة ايام فان استمر بها الدم ثلاثة ايام عتقت من حين رات الدم تبين
انما رانه كان حيضا حين رات الدم الي هذا اشار الامام السرخسي ذكره في النهايه وفيه تسامح لان ما ذكر
في الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين ويجوز ان يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاه
قتصار والاستناد والتبيين في ذلك سوا قوله وعلي هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به اي
بوصف الاخرية كما اذا قال اخر امراة اتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امراة ثم امراة ثم مات عندهما
يقع الطلاق مقصورا علي الموت حتي يستحق الميراث وعند ابي حنيفه يقع مستندا الي وقت التزوج
فلا يستحقه وفايدة التقييد بالثلاث جاز ان يكون بيان الطلاق البابن فانه به يكون الزوج فارا وترث
المراة عندهما قال ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة البشارة اسم لخبر غايب عن المخبر علمه وقد
يكون بالخير وقد يكون بالشر الا انه في العرف تستعمل فيما يسر ويتحقق عن واحد واكثر فاذا
قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فبشره ثلاثة فاذا اخبروه معا عتقوا لان البشارة وقعت منهم قال
الله تعالي فبشروه بغلام حليم وان اخبروا متفرقين واحدا بعد واحد عتق الاول لان البشارة حصلت
منه ويعضده ما روي ان النبي صلي الله عليه وسلم مر بابن مسعود وهو يقرا القران فقال من احب ان يقرا
القران غضا طريا كما انزل فليقرا بقراءة ام ابن عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر رضي الله عنهما للبشارة فسبق
ابو بكر عمر وكان ابن مسعود يقول اذا ذكر ذلك بشرني ابو بكر واخبرني عمر وان قال ان اشتريت
فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجز لان الشرط اي شرط الخروج عن عهدة التكفير قرن
نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد وانما وجد عند الشرا وهو شرط العتق لا علة
فلا يكون معتبرا حتي لو كانت النية مقارنة لليمين اجزاه عن الكفارة وان اشتري اباه ينوي به كفارة
يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي وهو قول ابي حنيفه الاول ووجه قولهم ان النية تشترط عند
العلة والشرا شرط العتق لا علته وان العلة هي القرابة فلا تفيد النية عند الشرا وهذا اي كون الشرا
شرطا لا علة لان الشرا اثبات الملك وهو ظاهر والاعتاق ليس اثباتا للملك لانه ازالة فكان بينهما منافاة فلا
يكون الشرا اعتاقا ولنا ان شرا القريب اعتاق لقوله صلي الله عليه وسلم لن يجزي ولد والده الا ان يجده
مملوكا فيشتريه فيعتقه ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله جعل نفس الشرا اعتاقا لانه لم يشترط غيره قوله
وصار نظير قوله سقاه فارواه جواب عما يقال الاعتاق عطف علي الشرا بالفاء وهو يقتضي التراخي بزمان وان لطف
فلا يكون نفسه ووجهه ان الفعل اذا اعطف علي فعل اخر بالفاء كان الثاني ثابتا بالاول في كلام العرب يقال
ضربه فاوجعه واطعمه فاشبعه وسقاه فارواه اي بذلك الفعل لا بغيره وفيه بحث وهو ان شرا القريب
هل يثبت الملك للمشتري القريب اولا فان اثبته لا يزيله لان المثبت بعينه لا يكون مزيلا وان لم يثبته
لا يعتق عليه لانه لا عتق فيما لم يملكه ابن آدم لا يقال شرا القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في
القريب اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك وكون ثبوت الشي ازالة له محال بالبديهة ولا يقال شرا القريب
اعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لانه اشد استحالة لانه يلزم ان يكون مثبت الشي ونفي
ثبوته ازالة والجواب ان قولهم ثبوت الملك في القريب اعتاق معناه ان الشرع اخرج القريب عن محلية
الملك ابتداء او بقاء وهذا لان العتق لا يقع الا في الملك فلولم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله ومن
قال لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها تعتق لوجود الشرط
ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا يضاف الي اليمين من كل وجه والواجب باليمين ما د
يستحق حريته من كل وجه ولقايل ان يقول القريب مستحق للعتق بالقرابة كما ان ام الولد مستحقة له بالاستيلا
فما بالها لم تعتق اذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب والجواب ان الاستيلاد فعل اختياري
من جهة المستولد فكانت الحرية من جهتين جهة الاستيلاد والشرا فلم يقع عن الكفارة من كل وجه بخلاف
القرابة فانها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة في حريته سوي الشرا فاذا اشتراه ناويا للكفارة
كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه قوله بخلاف ما لو قال لقنة ظاهر قال ومن قال ان تسريت
جارية فهي حرة معني تسريت اتخذت سرية وهي فعيلة منسوبة الي السر وهو الجماع او الاخفاء لان الانسان
فعليه

اذا حقيقته

حصلت منه

عليه

والشرط

الثاني

كما انه اخرج الحر عن محليته ابتداء وبقاء صح

يسره وانا ضمت سينه لان الابليه قد تتغير في السبه كما قالوا في النسبة الي الدهر دهري بضم الدال للعمر
والتسري عبارة عن التحصين وابتغاء طلب الولد ولم يطلب عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا بد من
طلب الولد مع ذلك حتي لو وطيها وعزل عنها لا يكون تسريا عنده واذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة
وانما يستلزم ملك المتعة سوا كان بالنكاح او بملك الرقبة فاذا قال ان تسريت فهي حرة فتسرى جارية
كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وكل ما انعقد في حقه اليمين اذا وجد الشرط
فيه يترتب عليه الجزا قوله وهذا لان الجارية توضيح لا تعتق داليمين في حقها وان اشترى جارية فتسراها
لم تعتق خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية
ان طلقتك يكون عبدي حرا لتصير التزوج مذكورا فان قيل هذا قول بالاقتضا وزفر لا يقول بالاقتضا اجيب بان
اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضا والفرق بينهما ان الثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا
تامل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وساير الافعال المودية مفهوما من النهي عن التافيف ولا
كذلك المقتضي لان المقتضي لا يفهم من ذكر المقتضي ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية
مملوكة من غير تامل فدل كان الملك مفهوما من التسري بلا تامل واجتهاد فكان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق
الاقتضا هكذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين وفيه نظر لان الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق
الحاق صورة باخرى بامر جامع كالضرب الملحق بالتافيف بواسطة الاذى ولهذا ذهب بعض اصحابنا واصحاب
الشافعي الي ان الدلالة قياس لوجود اصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك من التسري ليس كذلك واقول
هذا اللفظ يستعمل في العرف بمعنى ان وطيت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة مجازا او نقول هذا
الحكم اذا ثبت عن زفر ولم يقل بالاقتضا كان مناقضا فكفينا مونة الجدال معه ولنا ان الملك يصير مذكورا
ضرورة صحة التسري ونزيده سلمنا ان ذكره ذكر الملك ولكن بطريق الاقتضا ضرورة صحة التسري لكونه
شرطا وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر في حق صحة الجزا وهو الحرية لانها ليست من لوازم الملك
الثابت اقتضا قوله وفي مسيلة الطلاق جواب عن قوله كما اذا قال لاجنبية وتقريره ما ذكرت من المسيلة المذكورة
فالامر فيه كذلك لانه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعدي الي صحة الجزا حتى
لو قال ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا عنده وزان مسيلتنا من حيث ان في كل منهما
ثبت شرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدي الي صحة الجزا او اما وزان مسيلة زفر فهو ان يقول ان تسريت
جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك في الحال في العبد فيصح تعليق عتقه
بشرط سيوجد ومن قال كل مملوك لي حر عتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في
ها ولا يعني ان كل من هو الي الاضافة الي نفسه بقوله لي كامل اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا واذا كان كذلك
دخلوا تحت ذلك كل فيعتقون وان قال اردت الرجال خاصة اما تصديقه ديانة فلان لفظ المملوك وضع للمذكر
واما عدم تصديقه قضا فلانه عند الاختلاط يستعمل منهم لفظ المذكر عرفا ولو نوى الاناث لغت نيته ولو
قال لم انو المدبرين لم يصدق في القضا على رواية كتاب العتاق ولا يصدق قضا ولا ديانة على رواية
كتاب الايمان ففيه روايتان ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه
ولا يحل له وطي المكاتبة فكان المكاتب مملوكا من وجه دون وجه بخلاف ام الولد والمدبره فاختلت الاضافة
فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله مختص
بجملة اي بمحل الحكم وهو المطلقة لان الكلام سيق لايقاع الطلاق واعترض بان العطف كما يصح على من
وقع عليه الحكم يصح ايضا على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم كما
في قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا فانه ان كلم الاول حنث وان كلم احد الاخرين لا يحنث حتى يكلمهما
ويكون الثالث معطوفا على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع
فصار كانه قال هذه طالق او هاتان فحينئذ كان هو مخيرا في الطلاق والعتاق ان شا اوقع على الاول وان
شا اوقع على الثاني الاخيرين واجيب بان هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد فاما الذي ذكره في
الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق بين جواب ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا اكلم فلانا
او فلانا وفلانا في ان الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم وهو مسيلة الجامع هو ان كلمة
او اذا دخلت بين شيين يتناول احدهما نكرة الا ان في الطلاق والعتاق الموضع موضع الاثبات والنكرة في
موضع الاثبات تخص فيتناول احدهما فاذا عطف الثالث على احدهما صار كانه قال احداكما طالق وهذه
فلو نص على هذا كان الحكم ما قلنا اما في مسيلة الجامع فالموضع موضع النفي والنفي فيه تعم كما في قوله تعالى ولا
تطع

جارية او

واحدهم

خاصة
صدق ديانة

وقوله

احدهما

ولا تطع منهم اثما او كفورا فصار كانه قال والله لا اكلم فلانا ولا فلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كانه
قال ولا هذين ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا

باب اليمين في البيع والشرا والتزوج وغير ذلك

يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات في اليمين لانها كثيرة الوقوع بالنسبة الي المعقود
فلذلك قدمه قال في النهاية ثم الضابط في هذه التصرفات فيما يحنث بفعل المامور وفيما لا يحنث شيان
احدهما ان كل فعل يرجع الحقوق فيه الي المباشر فالحالف لا يحنث بمباشرة المامور وكل فعل ترجع الحقوق
الي من وقع حكم الفعل له يحنث والثاني ان كل فعل يحتمل حكمه الانتقال الي غيره فالحالف لا يحنث بمباشرة
المامور وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث وقيل كلما يستغني في مباشرته عن اضافته الي الامر فالامر لا يحنث
بمباشرة المامور وان كان لا يستغني عن هذه الاضافة يحنث والفقه في ذلك ان العقد متى رجعت
حقوقه الي من وقع حكم العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقي عن حكم العقد له وعن حقوقه
وكلاهما يرجعان اليه ومتى رجعت حقوقه الي العاقد لا الي من وقع حكم العقد له فمقصوده
من الحلف التوقي من رجوع الحقوق اليه وهي لا ترجع اليه فلا يحنث ثم مما يحنث الحالف بمباشرة
المامور النكاح والصلح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض
وضرب الغلام والذبح والايداع وقبول الوديعة والاعارة والاستعارة وخياطة الثوب والبنا
فان الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث ايضا بفعل المامور واما ما لا يحنث الحالف
بمباشرة المامور فهو البيع والشرا والاجارة والاستيجار والصلح عن المال وكذلك القسمة ومن
المشايخ من الحق الخصومة بهذا القسم واذا عرف هذا ظهر معنى كلامه الا الالفاظ نبه عليها وقوله
الا ان ينوي استثنا متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث الا ان ينوي به الامر غيره ايضا فحينئذ
يحنث وقوله او يكون الحالف ذا سلطان يعني اذا باشره المامور حنث لان مقصوده من اليمين
منع نفسه عما يعتاده ومعتاده الامر بالغير فلما امر غيره وفعل المامور حنث ومع ذلك لو فعله بنفسه
حنث ايضا لوجود البيع منه حقيقة وقوله لان الملك له ولاية ضرب عبده يلوح الي انه لو حلف على
ضرب حر فامر غيره بذلك فضربه المامور لم يحنث لانه لا ولاية عليه فلا يحنث يعتبر امره فيه قوله
ووجه الفرق هو الفرق الموعود بقوله سيتبين وحاصله انه اذا نوى الخصوص في العموم يصدق
ديانة لا قضا لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه لان الكلام ينصرف الي حقيقته بغير نية فاذا وجد
النية كان الصرف اليها اولى قوله لان منفعته اي الولد عايدة اليه اي الولد وذكر ضمير المنفعة نظرا
الي الخبر وهو التاديب والتثقيف قوله ومن قال ان بعت لك هذا الثوب على ما ذكر في الكتاب
واضح وحاصل ذلك ان اللام الاختصاص اذا اتصل بضمير عقيب فعل منفرد فاما ان يتوسط بين الفعل
ومفعوله او يتاخر عن المفعول وعلى التقديرين فاما ان يحتمل الفعل النيابة اولا فان احتملها
وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل وشرط حنثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير سوا كانت
العين مملوكة له او لم تكن وذلك انما يكون بالامر وان تاخر عن المفعول كان لاختصاص العين به
وشرطه كونها مملوكة له سوا كان الفعل وقع لاجله او لم يقع وان لم يحتملها لا يفترق الحكم في الوجهين
اي في التوسط والتاخر بل يحنث اذا فعله سوا كان بامره او بغير امره لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة
لم يكن انتقاله الي غير الفاعل فيكون الامر وعدمه سوا فتعين ان يكون اللام لاختصاص العين
صونا للكلام عن الالغا ومعنى احض والمراد بالعلام اما العبد كما ذكره في الجامع الصغير لقاضي
خان واما الولد كما ذكره في الفوايد الظهيرية وهذا هو الصواب لان ضرب العبد يحتمل النيابة
ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فامر غيره بضربه حنث لان المنفعة تعود اليه وقد ذكره المصنف
قبيل هذا ومن الشارحين من وجه الاول بان المراد بالوكالة والنيابة وكالة تتعلق بها حقوق يرجع
بها الوكيل بما يلحقه من العهدة على الموكل وليس للضرب شي من ذلك فكان كالاكل والشرب واجاب عن
المسيلة المذكورة بان محمدا لم يذكرها وانما هو لف لما ذكره المصنف وتخطيته له فانه ذكر انه لا حقوق له
ترجع الي المامور ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة قال ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه وشرط
الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قايم لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق
فينزل الجزا فيل لو كان البيع من غير افادة الحكم كافيا لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك فاذا علق العتق
بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب ان ينزل الجزا وليس كذلك واجيب بان جواز البيع ليس مع المنافي
وجواز النكاح مع المنافي لانه رق والانثية تنافيه فاذا كان النكاح فاسدا انعقد فساده بما يحي لغا

اي ما بعد الباب
لا قيمة لبنا رجل هم

المامور

يحنث

يختلف الحكم في ذلك
[illegible]

الفيرسة

دسنا

الدليل فترجح جانب العدم فصار كان لم يكن بخلاف البيع فانه موافق للدليل فكان موجود ابالايجاب
والقبول في المحل وان لم يفد الحكم ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار لنفسه
عتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قايم فيه وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشتري
لا يمنع ثبوت الملك له عندهما وكذا على اصله لان هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق بعد
الشراء بالخيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك اذا علق ورد بان في التنجيز لو لم ينفسخ
الخيار لبطل التنجيز اصلا لعدم احتماله التاخير وفي التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق بعد مضي مدة
الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال واجيب بان العتق يحتاط في تعجيله
وهو ممكن بايقاعه في الحال بفسخ الخيار فلا يوقف الى مضي مدة الخيار وطولب ههنا فرقان فرق بين ما نحن فيه
من المسئلة وبين ما اذا كان الخيار للبايع فانه قد اشتراه ولم يعتق عليه وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبين
ما اذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له فانه لا يعتق ما لم يسقط الخيار عند ابي حنيفة وفرق بين الاولين
بان الخيار اذا كان للمشتري يتمكن من اسقاطه ومتى كان الخيار للبايع لا يتمكن من اسقاطه وبين الثانيين
بان شرا القريب لم يوجد في كلمة الاعتاق بعد الشراء حتى يسقط به الخيار فلا يعتق عليه ما لم يسقط واما في الايجاب المعلق فانه يصير قابلا عند وجود الشرط فيسقط الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ووقع
المسئلة في البيع بشرط الخيار يفيد ان البيع اذا كان باتا لا يعتق واذا وجد البيع بناء على ان العلة
مع المعلول في الوجود الخارجي فكما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك بخلاف ما قبله الشرط
فانهما يتعاقبان فيه ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامراته طالق فاعتق او دبر طلقت امراته
لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع وهذا في اعتاق العبد ظاهر واما في التدبير
والامة فلا بد من بيانه لان المدبر يجوز بيعه اذا قضى القاضي بجواز بيعه والامة يجوز ان ترتد فتسبى
بعد اللحاق بدار الحرب وذلك لان الكلام في المدبر ما دام مدبرا واذا قضى القاضي بجواز بيعه ينفسخ التد
بير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحلية ببقاء التدبير والتدبير قد زال فلا تفوت المحلية
فكان الواجب ان لا يقع الطلاق والاولى في البيان ان يقال بيع المدبر لا يجوز فالظاهر ان المسلم لا يقدم عليه
فاذا اقدم فالظاهر ان القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز ومع ذلك فالاصل عدم ما يحدث فكان عدم فوات
المحلية بناء على جواز القضاء ببيعه مخالف للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبرا واما الامة فان من المشايخ من قال
لا تطلق امراته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال والصحيح انها تطلق لانه انما عقد يمينه على البيع باعتبار
هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير قوله ولو قالت المراة لزوجها الخ ظاهر قوله لانه زاد على
حرف الجواب المطابق لقال ان فعلت فهي طالق فلما ذكر كلمة كل دل على ان مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ دون
خصوص السبب فكان مبتديا باب اليمين في الحج والصلاة والصوم قدم هذا
الباب على باب اللبس وغيره لان في هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيرها وانما اخرها عما تقدم لكثرة
وقوع ذلك ومسايل هذا الباب الفصل اوجه في وجه يلزمه اما حجة او عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شي كذلك
وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الاول فهو اذا قال على المشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة وفي
رواية الى الحرم او الى بكة سواء كان في الكعبة او في مكة او لم يكن لزمه حجة او عمرة ماشيا فان ركب لزمه
شاة وان اختار العمرة لزمه خروج الى التنعيم ويحرم بالعمرة فان ركب لزمه حجة او عمرة ماشيا فان ركب لزمه
شاة وان اختار العمرة خرج الى التنعيم ويحرم بالعمرة ولم يذكر محمد انه يخرج الى التنعيم ماشيا او راكبا وقد
اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جاز له ان يركب في وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه ليس للمشي اليه وقت
الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح اليه للاحرام فكان ماشيا الى بيت الله والقياس ان لا يلزمه بهذا
النذر شي لانه التزم ما ليس بقربة واجبة لان المشي ليس مباح ولا مقصود في الاصل بعين لذاته لان المقصود
منه شي اخر لا نفسه فكان القياس ان يكون النذر به باطلا لكن تركناه بالاثر والعرف اما الاثر فقالوا الحجاج من
الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج وركب وذبح شاة
لركوبه كذا في بعض الشروح وليس بمطابق لما نحن له لجواز ان يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا
بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال اخرون روي عن علي رضي الله عنه انه اجاب في هذه المسئلة
بان عليه حجة او عمرة وهذا مطابق وقد روى شيخي في شرحه ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي
الى بيت الله فامرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تحرم بحج او عمرة واما العرف فما ذكره في الكتاب ان
الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما لو قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا او
ركب

ركب واراق دما فله ذلك على ما ذكره في المناسك واريد ايجاب الحج او العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب
ذكر السبب وارادة المسبب ولهذا لم يفرق بين ان يكون الناذر في الكعبة او في غيرها فان قيل فاذا كان هذا
اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر ان يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ
ينبغي ان لا يلزمه المشي في طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه وانما يجب اهداء الثوب الى مكة لكون
اللفظ عبارة عنه اجيب بان للحج ماشيا فضيلة ليست له راكبا قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا
فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعماية فاعتبر لفظة لايجاب المشي
لاحراز تلك الفضيلة ومعناها في ايجاب الحج او العمرة لاجماعهم على ذلك المتعارف وفيه نظر لانه يلزم الجمع
بين الحقيقة والمجاز والاولى ان يقال هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج او للعمرة ماشيا لان الحقيقة
مراده بلفظه ومجازه بمعناه واما الوجه الثاني ففيما اذا قال على الخروج او الذهاب او السعي او السفر
او الركوب او الاتيان الى بيت الله او المشي الى الصفا والمروة لم يلزمه شي لعدم الاثر والعرف فيه
فكان باقيا على القياس واما الوجه الثالث ففيما اذا قال على المشي الى الحرم قال ابو حنيفة رضي
الله عنه لا شي عليه كما لو قال على المشي الى الصفا والمروة وقال ابو يوسف ومحمد لزمه حج او عمرة لان الحرم
شامل للبيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة فانهما منفصلان عنه
وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف حتى يصير مجازا ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة
اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر ان لم احج العام ظاهر قوله لكن لا تمييز بين نفي ونفي تيسيرا او توضيح
بمسئلة السير الكبير رجلان شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وقيانت
منه امراته والرجل يقول وصلت الحكاية بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وان قامت على
نفي شي احاط علم الشاهد به واجاب الامام قاضيخان ان هذه الشهادة قامت على امر وجودي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ولكن قال الامامان العالمان في التحقيق شمس الايمة وفخر
الاسلام اذا قال الشاهدان ان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لان قولهما هذا بيان منهما لاحاطة
علمهما بذلك فكان التمييز بين نفي ونفي معتبرا ولكنه ليس مختار المصنف لافضائه الى الحرج قوله ومن حلف
لا يصوم ظاهر وقوله لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا اورد عليه ما لو قال والله لا اصوم من هذا
اليوم وكان ذلك بعد ما اكل او شرب او بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك
لم يرد به الصوم الشرعي فان الصوم الشرعي بعد الاكل والشرب او بعد الزوال غير متصور والجواب ان
الدلالة قامت على ان المراد به ليس الصوم الشرعي وهو كون اليمين بعد الاكل او بعد الزوال فانصرف الى الصوم
اللغوي والعقدت يمينه عليه بخلاف ما نحن فيه فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم ركعتين قيل عليه ينبغي
ان لا يحنث بمجرد الاتيان بالركعتين ما لم يات بالقعدة لان الصلاة لم تكن معتبرة بدون القعدة شرعا
وليس بشي لان الركعتين عبارة عن صلاة تامة وتمامها شرعا انما تكون بالقعدة اشار الى ذلك تعليله
بقوله لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا باب اليمين في لبس الثياب
والحلي وغير ذلك قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين في الضرب والقتل اما لان يمين لبس الثياب اكثر وجودا
منه واما لان اليمين به مشروع وجودا وعدما بخلاف الضرب والقتل ومن قال لامراته ان لبست من غزلك
فهو هدي اي صدقة اتصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح وقوله والمعتاد هو المراد يعني فصار كانه
قال من قطنك او من اي قطن سا ملكه وذلك سببه اي القطن لغزل من قطن الزوج ظاهر قوله
ولهذا ايضاح لقوله وذلك سبب لملكه يعني انها اذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك
سببا لان يملك الزوج غزلها مع ان القطن ليس بمذكور هناك وما ذاك الا باعتبار ان غزل المراة سبب لملك
الزوج لما غزلته في العرف والعرف لا يفرق بين ان يكون القطن مملوكا وقت الحلف او لم يكن قوله ومن
حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء وسكون اللام وهو ما يتحلى به النساء من ذهب او فضة او جوهر واستدل باباحة
استعماله للرجال على ان الخاتم من فضة ليس بحلي لانه لو كان حليا لحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة
حرام على الرجال ولما جاز التختم بالفضة لهم بقصد الختم له او لغيره لم يكن حليا او كان ناقصا في كونه حليا
فكان مباحا وان كان من ذهب حنث لعين كيف ما كان لعين سواء كان فيه فصه او لم يكن قيل الحق انهم
ثلاثة الذهب مطلقا والفضة المفصوصة وايلف ان لا يلبس حليا يحنث بلبسها والفضة الغير المفصوصة
ولا يحنث بلبسه وقوله ولو لبس عقدا ظاهر والعقد بالكسر هو القلادة والترصيع التركيب يقال تاج
مرصع بالجواهر قوله حتى سمي به في القران اي بالحلي يريد به قوله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وقوله

تعالى يحلون فيها من اساور من ذهب ولؤلؤا جعل اللؤلؤ حليا بجعله تفسيرا لقوله يحلون قوله ومن حلف
لا ينام على فراش يريد به على فراش بعينه بدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث فانه لو كان على
حقيقته تنكر الحنث في هذه الصورة ايضا لانه نام على فراش قوله لانه تبع له فلا يعتبر حايلا يشير الى انه لو نزع
ثيابه وطرحه على الارض وجلس عليه لم يحنث لانه حينئذ لم يبق ثوبه تبعا له فصار بمنزلة البساط والحصير ولو حلف
لا يجلس على سرير ظاهر مما تقدم باب اليمين في القتل والضرب وغيره يريد بالغير الغسل
والكسوة وقد تقدم وجه المناسبة في الباب المتقدم ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على
الحياة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن وهو لا يتحقق في الميت لانتفاء الايلام فيه وقد نوقض بقوله تعالى
وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد ثبت بر ايوب عليه السلام في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد
الايلام لان الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان او حشيش فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزائه
واجيب بانه جاز ان يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عليه الصلاة والسلام خاصة اكراما في حق
امرأته تخفيفا عليها لعدم جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام
على ما ذكر من تفسير الضغث وروي عن ابن عباس ان الضغث عبارة عن قبضة من الشجر فجاز ان يكون لها
الم اجزائها فكان حكمه باقيا في شريعتنا ايضا وتمام الكلام فيه في الكشاف وذكر في شرح الطحاوي ومن
حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربه باصل به واحدة ان وصل اليه كل سوط بحاله بر في يمينه والايلام شرط
فيه لان المقصود من الضرب الايلام قوله ومن يعذب في القبر جواب عما يقال قولكم الايلام لا يتحقق في الميت
يشكل بعذاب الميت في القبر وقيد بقول العامة احترازا عن قول ابي الحسين الصالحي فان الميت عنده يعذب
من غير حياة ولا تشترط الحياة في تعذيب الميت قوله وكذلك الكسوة يعني ان قال ان كسوتك
فعبدي حر فكفنه بعد الموت لا يحنث قوله لانه يراد به اي بالكسوة على تاويل الاكساء التمليك عند
الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به اي بالكسوة الستر فحينئذ
يحنث لان فيه تشديدا عليه قوله وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس دون التمليك وهو قول الفقيه
ابو الليث ومعناه انه يحنث لانه اذا حلف لا يلبس فلانا فالبسه وهو ميت حنث لان الالباس عبارة
عن الستر والتغطية والميت محل لذلك قوله وكذا الكلام والدخول يعني اذا حلف لا يكلم فلانا او
حلف لا يدخل على فلان فكلمه او دخل عليه بعدما مات لا يحنث في يمينه لان المقصود من الكلام الافهام
والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو فان قيل قد ورد ان النبي صلى
الله عليه وسلم كلم اصحاب القليب حيث سماهم باسمائهم فقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقد وجدت ما وعدني
ربي حقا اجيب بان ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم قوله ويتحقق ذلك يعني التطهير في الميت
الا ترى ان من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل لا تجوز وان كان مغسولا جازت ومن حلف لا يضرب امرأته
فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن وقد تحقق الايلام من هذه الافعال
وقيل لا يحنث في حال الملاعبة وان اوجعها لانه يسمى في العرف ممازحة لا ضربا وهو منقول عن الامام
حاكم الاسلام قوله ومن قال ان لم اقتل فلانا فكذا قوله هو الصحيح احترازا عما ذكر في شرح
الطحاوي فقال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم
فامرأته طالق حنث بالاتفاق وروي عن ابي حنيفة في رواية اخرى انه لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول
زفر وهو الصحيح لانه عقد اليمين لان الماء الذي اضيف اليه الشرب لا يحتمل الوجود اذ الحادث
غيره بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا احياه
الله تعالى فهو فلان كقوله تعالى فاماته الله مائة عام ثم بعثه وكان ما عقد عليه اليمين متوهما والحي
منسوب الى العادة كالارادي منسوب الى الارادة فان تاء التانيث تحذف في النسبة باب
اليمين في تقاضي الدراهم لما كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد في المعاملات وغيرها
اخر اليمين التي تتعلق بها وخص الدراهم بالذكر لكونها اكثر استعمالا ولقب الباب بالتقاضي والمسائل
المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعدد لان التقاضي سبب للقضاء والقبض فلقب بما هو سبب
لما هو المذكور فيه هذا ما قاله الشارحون واقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه من التقا
ضي على ما صرح بذكره محمد راس كل مسئلة والاصل في هذا الباب ان الديون تقضى بامثالها وان العيب
لا يعدم الجنس وان ما دون الشهر قريب وما فوقه بعيد قوله ومن حلف ليقضين دينه
تقاضي الرجل دينه والح فحلف غريمه ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد
فهو

فهو اكثر من الشهر كما ذكره في الكتاب وجعل الشهر ايضا بعيدا لانه في العرف يعد بعيدا او انه ادنى التقاضي
فحلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة بر في يمينه لما ذكره في الكتاب
والزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده التجار وسيأتي في كتاب البيوع قوله فوجد شرط
بره يعني قضى دينه في اليوم وقبض المستحقة صحيح الا ترى انه لو اشترى شيئا فاخذها المستحق بقي البيع صحيحا
ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن ولا يرتفع برده اي برد ما قضى من الزيوف والنبهرجة او
المستحقة البر المتحقق لان اليمين انحلت بوجود الشرط لم يحنث. والا تناقض كالكتابة فان مولى
المكاتب اذا رد البدل لكونه زيفا او نبهرجة او استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق بخلاف قضاء الدين
فانه ينتقض برد المقبوض لعيب او استحقاق لان مبناه المقاصة وقد زالت قوله لان قضاء
الدين طريقه المقاصة بيانه انما يقبضه رب الدين يكون مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك
ولرب الدين على المديون مثله اي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا وقد تحققت بمجرد البيع لان ثمن العبد
اخر الدينين فيكون قضاء عن الاول وانما يكون طريق قضاء الدين المقاصة لان قضاء الدين حقيقة لا يتصور
لان القضاء يصادف العين وحق صاحب الدين في وصف في الذمة ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها
وقوله فكانه شرط القبض كانه اشارة الى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما
قال محمد في الجامع الصغير ويقبضه ووجهه ان اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري
عليه لان ما له من الدين عليه متقرر وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لانه على شرف السقوط بموته فاذا
قبضه صار متقررا فيكون مثله فيتقاصان وان وهبها له اي وهب الداين دينه للمديون لم يبر الحالف
لعدم المقاصة لان المحلوف عليه فعله وهو القضاء والهبة ليست بفعله لانها اسقاط من صاحب الدين وان
قال لم يبر لانه متى الحنث فكانه اشار بذلك الى انه لم يبر او لم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد لفوات المحلوف عليه
وهو الدين وفوات المحلوف عليه عندهما جهة في بطلان اليمين كما في مسئلة الكوز على ما تقدم قال بعض
الشارحين ولنا فيه نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين وهو فاسد ثمره لان البر نقيض الحنث فمن
وجود احدهما يلزم ارتفاع الاخر ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الاخر فلا يجوز ان يرتفعا جميعا واقول
ليسا بنقيضين على اصطلاح اهل المعقول وغير الحالف لا يتصف باحدهما وشان النقيضين ليس كذلك
فاذا بطل اليمين بقوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس فيجوز ان لا يتصف بواحد منهما واذا تقاضاه
دينه فقال اقضيها منجما فحلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض الجميع متفرقا
لان شرط الحنث امر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه وهو
اسم لكل ما له عليه فينصرف اليه والمركب ينتفي بانتفاء جزئيه فاذا وجد احدهما دون الاخر لم يحنث وههنا
ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع قوله فان قبض دينه في وزنين ظاهر ومن تقاضي من غريمه ما يلي
فقال لا املك ذلك الدار فلم يصدقه فقال ان كان لي الا مائة فامرأته طالق ولم يملك الا خمسين درهما لا يحنث
لما ذكره في الكتاب قوله ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها يعني فكان استثناء الخمسين داخلا تحت
استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلذلك لا يحنث مسائل متفرقة اي هذه المسائل التي اذكرها
مسائل متفرقة ومن دأب المصنفين ذكر ما شذ من الابواب في اخر الكتاب واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا
اليمين على فعل الشيء او تركه لا يخلو اما ان يكون موقتة بوقت كيوم وشهر او مطلقة فان كان الثاني وهو
المذكور في الكتاب فان كان على الترك ابدا وان كان على الفعل بر بفعله مرة على اي وجه كان ناسيا او عامدا
مختارا او مكرها او بطريق التوكيل لان الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكل على الجزء وهو منكر لعدم
الحاجة الى التعريف والنكرة في سياق النفي تعم فيوجب عموم الامتناع وفي الاثبات مرة وانما يحنث
بوقوع الياس عنه وذلك بموت الحالف او بفوت محل الفعل وان كان الاول ولم يذكره في الكتاب فانه
لا يحنث فيه قبل مضي الوقت وان كان وقع الياس بموته او بفوت المحل لان الوقت مانع من الانحلال
اذ لو انحل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فايدة واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر يعني مفسد
خبيث من الدعارة وهي الخبث والفساد دخل البلد كان له الاعلام واجبا حال ولايته خاصة ولا يلزمه الاعلام
حال دخوله وانما يلزمه ان لا يؤخر الاعلام اي ما بعد موت الوالي او عزله على ظاهر الرواية لان المقصود
منه اي من الاعلام دفع شره اي دفع شر الداعر او شر غيره بزجره فان الوالي اذا زجره وادبه لدعارته ينزجر
غيره من الدعارة لو كانت في قصده او نيته وهذا المقصود انما يفيد فايدته اذا كان الوالي قادرا على
تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة وكذلك بالعزل في ظاهر الرواية احترازا عن

ما روي عن ابي يوسف انه يجب الاعلام على الحالف بعد عزل المستحلف ايضا لانه مقيد في الجملة قوله ومن حلف
ليهب على ما ذكر في الكتاب واضح واختلف اصحابنا في ثبوت الملك قبل القبول فمنهم من قال لا يعدمه لاحتمال
ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع ضرر فيوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع
والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا
يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولما له ساق وقيل هذا التفسير لا اصل فخر الاسلام وتلاه الصدر الشهيد و
والمصنف وفيه نظر لانه لم يثبت في قول ائمة اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا وجوابه ان معنى قوله
اسم لما لا ساق له ان له رائحة طيبة كالورق واصطلح عليه الفقهاء وان لم يثبت في اللغة على ان تعيينه
في اللغة يتوقف على الاستقراء التام في اوضاع اللغة وهو متعذر وقيل في الفصل بين الورد والريحان
ان ما ينبت من بزره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة فهو ريحان وما ينبت من الشجر وللورق رائحة مستلذة
فهو ورد ومن حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع
البنفسج والشراء يبنى عليه اي على البيع وهذا في عرف اهل الكوفة وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف
على الورق فاليمين على الورق لانه اي الورد حقيقة فيه اي في الورق والعرف مقرر له اي لوقوع اليمين
على الحقيقة وفي البنفسج قاض عليه اي غالب راجح يعني ان اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقة
كما هو مذهب الشافعي لا على دهنه ولكن العرف غير تلك الحقيقة من عينه الى دهنه فكان العرف غالبا راجحا
في اسم البنفسج كتاب الحدود لما فرغ من ذكر الايمان وكفاراتها الدائرة بين العبادة
والعقوبة اورد عقيبها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود وكثيرة لما انها ترفع الفساد الواقع في العالم
وتحفظ النفوس والاعراض والاموال سالمة من الابتذال واما سببها فسبب كل منها ما اضيف اليه حد الزنا
وحد القذف وغيرهما واما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الاصلي من شرعه وبهو الحكم فقد ذكره في الكتاب
قوله الانزجار عما يتضرر به العباد يريد افساد الفراش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض وكلامه
يشير الى ان الحدود تشتمل على مقصد اصلي يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به
العباد وغير اصلي وهو الطهرة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب عنه
لا بالنسبة الى الناس كافة ولهذا اشترع في حق الكافر الذمي ولا يطهر عن ذنبه باجراء الحد عليه قال
الزنا يثبت بالبينة والاقرار الزنا يمد ويقصر فالقصر لغة اهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل
نجد قال الفرزدق ابا الحصر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا الخاطب رجلا يسمى ابا حاضر
والخرطوم الخمر والمسكر بفتح الكاف المخمور وتفسيره في الشرع قضاء المكلف شهوته من قبل امراة خالية عن الملكين
وشبهتهما وعن شبهة الاشتباه وتمكين المراة عن ذلك واختير لفظ القضاء اشارة الى ان مجرد الايلاج زنا ولهذا
يثبت به الغسل والمكلف ليخرج الصبي والمجنون والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وبشبهة ملك النكاح
ما اذا وطئ جارية ابنه او مكاتبه او عبده المأذون المديون وبشبهة الاشتباه ما اذا وطئ جارية الابن
جارية ابيه على ظن انها تحل له والزنا يثبت بالبينة والاقرار قال المصنف والمراد ثبوته عند الامام
وانما قال كذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلها ويتحقق في الخارج وان لم يكن هناك لا بينة
ولا اقرار واما الحصر في ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لانه ليس بحجة في هذا الباب وكذا سائر الحدود
الا لصحة لقوله تعالى فان لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون وقوله ومعره ومضره
المضرة ضرر ظاهر على البدن والمعرة ضرر يتصل ببدنه ويسري الى باطنه من لحوق العار بالنسبة الى
الزنا قوله فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود ظاهر قوله ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى
الستر احترازا عمن يقول ان اشتراط الاربع لان الزنا لا يتم الا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة
شاهدين فانه ضعيف لان فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل الاثنين
وان الصواب ان الله تعالى احب الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا لمعنى الستر قوله وهو
اي الستر مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم من اصاب منكم من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله
وقال من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة والاشاعة ضده اي اظهار الزنا ضد ستر الزنا فكان
وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لامحالة لما كان الستر امرا مندوبا اليه فكانت الاشاعة امرا منهيا
واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا هو احتراز عن الغلط في الماهية وكيف هو احتراز عن الغلط في
الكيفية واين زنا احتراز عنه في المفعول ويدل على وجوب السؤال عن هذه الاشياء النقل والعقل
اما الاول فما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل ماعزا الى ان ذكر الكاف والنون يعني كلمة نكت لكونه

صريحا

صريح في الباب والثاني كما به واما العقل فلانه الاحتياط في ذلك واجب لانه قد كان العقل في غير الفرج
عناه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة او زنا في دار الحرب وهو لا يوجب الحد او في المتقادم من
الزمان وذلك يسقط الحد او كانت له في المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطئ جارية الابن فيستقصي في ذلك
احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها بيان الماهية والمزني بها كالميل في المكحلة في بيان
كيفيته وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء لان
النبي صلى الله عليه وسلم امر بذلك قال ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة
حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية ما ياتي في الشهادات ان شاء الله تعالى
قال فالاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ولا وجه الى اخذ الكفيل
نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما بني على الدرء فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر اجيب بان حبسه ليس
بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة
والفرق بينه وبين الديون سياتي ان شاء الله تعالى قال والاقرار ان يقر البالغ العاقل صورة
المسألة ظاهرة على ما ذكره وقوله اعتبارا بسائر الحقوق يعني في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة
دون الاقرار فكذلك ههنا وقوله بخلاف زيادة العدد في الشهادة يعني انها تفيد زيادة في طمانينة القلب
وتكرير الكلام ليس كذلك ولنا حديث ماعز فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زنيت فطهرني
فاعرض عنه فجاء الى الجانب الاخر وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل
ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما كان في المرة الرابعة قال النبي صلى الله عليه
وسلم الان اقررت اربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها قال لا الا ان يقر بصريح
الزنا فقال انكم خبل ابكم جنون وفي رواية بعث الى اهله هل تنكرون من عقله شيئا فقالوا لا فسال عن
احصانه فاخبر انه محصن فامر برجمه وعن ابي بريدة قال كنا نتحدث في اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم فهذا يدل على ان هذا الحكم كان متعارفا فيما بينهم ووجه الاستدلال بحديث ماعز ما اشار اليه بقوله
فانه اخر الاقامة وبيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخر اقامة الحد الى ان تم الاقرار اربع مرات
فلو كان الاقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجب وتاخير الواجب لا يليق برسول
الله صلى الله عليه وسلم فان قال القائل اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطئ لا يوجب
الحد فوجب المهر واذا اوجب المهر لا يجب الحد من بعد لان العقر والحد لا يجتمعان في وطئ واحد اجيب
بان الاقرار اربع مرات لما اعتبر حجة لاثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر فان قيل انما اعرض النبي صلى الله
عليه وسلم لانه استراب في عقله فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون الا انه لما اصر على الاقرار ودام على
نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم ازال الشبهة بالسؤال فقال ابك خبل ابك جنون واجيب اما تغير الحال
فدليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال النبي صلى الله عليه وسلم ابك جنون تلقينا
لما يدرؤ به الحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطئ بشبهة فيسقط الحد به عنه وكما قال للسارق
اسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما روي ان ابا بكر رضي الله عنه قال لماعز لما اقر ثلاثا ان اقررت الرابعة
رجمك فثبت ان هذا العدد كان ظاهرا عندهم وقوله ولان الشهادة دليل معقول يتضمن الجواب عن
اعتباره بسائر الحقوق وتقديره ان سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه اربعة ونصابها ههنا
ذلك فلما كانت احدى الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الاخرى اعظاما
لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا من انه صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة
الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس ولان لاتحاد المجلس اثرا في جميع المتفرقات فعنده اي عند
الاتحاد تتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار الا ترى الى ما جاء في حديث ماعز من اقراره خمس مرات وكان فيها
مرتان في جهة واحدة فلم يعتبر ذلك ولم يذهب اليه احد من المجتهدين والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه
في دفع الحد وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه اي في وجوب الحد وقيل يعتبر مجلس القاضي ورده المصنف
بقوله دون مجلس القاضي قوله والاختلاف بان يرده القاضي ظاهر قوله لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون
الاقرار دليله ان التقادم في الشهادة مانع لتهمة الحقد وهي غير موجودة في الاقرار وسياتي بيان التقادم
في باب الشهادة على الزنا قوله كما اذا وجب بالشهادة يعني ان الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة
الشهود عليه فكذا لا يبطل بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فتعتبر احدهما بالاخرى وصار كالقصاص وحد
القذف لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالاقرار قوله فتتحقق الشبهة في الاقرار يعني بالتعارض الواقع

وطيتها

من الخبر بين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما قوله وهذا قريب من الاول في المعنى اي قوله لعلك تزوجتها او وطيتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها في المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلقين للرجوع حتى انه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد باب في كيفية الحد واقامته ذكر هذا الفصل عقيب وجوب الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فاخره ذكرا وكلامه واضح قوله على هذا اجماع الصحابة اي على وجوب الرجم اذا كان الزاني محصنا وذهب الخوارج الى ان الحد في الزنا الجلد ليس الا لانهم لا يقبلون اخبار الاحاد وذلك خرق منهم للاجماع على ان حديث ماعز مشهور تلقته الامة في الصدر الاول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جايز قوله فان امتنع الشهود قال في الايضاح ولو امتنع الشهود او بعضهم او كانوا غيبا او ماتوا او مات بعضهم او عمي بعضهم او خرس او جن او ارتد او قذف فحد لم يرجم المشهود عليه في قول ابي حنيفة ومحمد في احدى الروايتين عن ابي يوسف وروي عنه انهم اذا امتنعوا او غابوا رجم الامام ثم الناس وكذا في الذخيرة ايضا فعلى هذا اما قيده في ظاهر الرواية راجع الى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور لانه ليس لمخصص يتقوله وكذا اذا ماتوا او غابوا وكذا اذا سقطوا بامتناع احدهم هل تحد الشهود اولا ذكر في المبسوط انه لا يقام الحد على الشهود لانهم ثابتون على الشهادة وان امتنع احدهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا واعلم ان ظاهر الرواية يفضي الى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتامل والغامدية امراة من غامد حي من الازد وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له قوله الا انه انتسخ في حق المحصن بيانه ان قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الاية عام في المحصن وغيره الا انه انتسخ في حق المحصن باية اخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها روى ابن عباس ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه خطب فقال ان الله تعالى بعث محمدا بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه اية الرجم فقرانا ها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده اني خشيت ان طال بالناس الزمان ان يقول قايل ما نجد اية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى عز وجل فان الرجم حق على من زنى من الرجال والنسا اذا كان محصنا اذا كانت قامت البينة او كان حمل او اعتراف وايم الله لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها يريد به الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان هذه الاية لم تنسخ حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحصن وانتسخت تلاوتها بصرفها عن القلوب لحكمة يعلمها الله قوله بسوط لا ثمرة له قال في الصحاح ثمرة السياط عقد اطرافها ومنه يامر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له يعني العقدة وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لانه اذا كان ذلك تصير الضربة ضربتين وهذا اصح لما روي ان عليا رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية جلده اثنين ذنبان اربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين فالاول هو المشهور من الكتب والمبرح ماخوذ من برحاء الحمى عدتها يقال برح به الامر تبريحا اي غلظ عليه واشتد والمذاكير جمع الذكر الذي هو العضو وهو جمع على خلاف القياس كانهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو وانما ذكر بلفظ الجمع هنا مع افراده قرينة وهو الوجه لانه اراد به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم شابت مفارق راسه كذا في الصحاح قوله ومن دعاة الكفرة الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض اي كان يدعو الناس اليهم وقوله لانه زيادة على المستحق قالوا الا ان يعجز عن الضرب فلا باس حينيذ ان يتدوا بارية ونحوها قال وان كان عبدا او امة اي ان كان من زنا عبدا او امة جلده الامام خمسين جلدة لقوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ودخل تحت حكمها العبيد وهو خلاف المعهود لان المعهود ان يدخل الاناث تحت حكم الرجال بطريق التبعية وكان هذا الاسلوب والله اعلم بناء على ان اسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه غالبة كما في تقديمهن في قوله تعالى الزانية والزاني ثم المراد بالعذاب المذكور في الاية الجلد دون الرجم لانه لا يتنصف قوله لان الجناية عند توافر النعم افحش اصله قوله تعالى يا نسا النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وقوله لما روينا يعني من حديث علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنسا قعودا والتكوة بفتح الاول والواو وبالضم والهمز مكان الواو والدال في الكلمتين مضمومة ثدي الرجل او لحم الثديين والمدانية انما هي بسكون الميم منسوبة الى جهد ان بسكون الميم حي من العرب قوله لما روينا يعني من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة قوله والربط والامساك غير مشروع يعني الا ان يعجزهم كما ذكرنا قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ورواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير والثلاثة الباقية الصدقات والجمعات والفيء قوله ولان الحدود حق الله تعالى اي حق الله مشروع يتعلق به نفع العام على الاطلاق والتنكير ليتناول

وقوله م
قايم م
الذكر ص
الثندوة م
بلغ

لما لنا وما علينا وقوله على الاطلاق لاخراج حق العبد لتعلق صيانة ماله به فلهذا يباح باباحة المالك ولا يباح الزنا باباحة المراة ولا باباحة اهلها وتمام التقرير فيه مذكور في التقرير وقوله واحصان الرجم مشروط بسبع شرايط ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهي على صفة الاحصان هذا على قول المتقدمين واما المتاخرون فقد قالوا شرايط الاحصان على الخصوص منها شيان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامراة هي مثله وهذا الشرط الثاني مركب من ثلاثة من ذلك واما العقل والبلوغ فشرط لاهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما واما الحرية فشرط تكميل العقوبة والبلوغ شرط لاهلية العقوبة لعدم بواسطة تكامل النعمة والمصنف وافق المتاخرين في جعل العقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة وجعل الباقية شرط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة لان كفران النعمة متغلظ عند تكثرها وتغلظه يستدعي اغلظ العقوبات وهذه الاشيا من جلايل النعم فكفرانها يكون سببا لاقصى العقوبات وهو الرجم بالحجارة الى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه وانحصر الشرايط على هذا العدد لان الرجم بالزنا قد يشرع عند استجماعها فنيط بها والشرف والعلم والجمال والحسب وان كان من جلايل النعم ايضا الا ان الشرع لم يرد باعتبارها ونصب الشرع بالراي متعذر قوله ولان الحرية دليل الاقتصار على تلك الشرايط يتضمن ان لها مدخلا في الاستغنا عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح لان الحر يتولى امور نفسه ليس تحت ولاية احد والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال لا محالة والدخول به يشبع بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة وموكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية عند توافر الزواجر اغلظ ولقايل ان يقول من العلم باحوال الاخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا والعقوبة اجلا من الزواجر لا محالة والجمال في المنكوحة مقنع للزوج عن النظر الى غيرها والشرف مدفوع عن لحوق معرة الزنا وعقابه فكان الواجب ان يكون من شرايطه والجواب ان المسلم انما شيء قلما تخلو عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم ينضبطان فيه فلا يكونان معتبرة واما وجه اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف في رواية مستدلين بما روي مسندا الى ابن عمر ان اليهود جاوا الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان رجلا منهم وامراة زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التورية في شان الزنا قالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتورية فنشروها فجعل احدهم يده على اية الرجم ثم جعل يقرا ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله بن سلام ارفع يدك فرفعها فاذا فيها اية الرجم فقال صدقت يا محمد فيها اية الرجم فامر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما قلنا ذلك بحكم التورية ثم نسخ يؤيده ما روى اصحابنا في كتبهم عن ابن عمر من اشرك بالله فليس بمحصن قوله والمعتبر في الدخول ايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل لبيان ما يحصل به الجماع وفيه نظر لانه ينافي ما تقدم من قوله والاصابة شبع بالحلال فان الشبع انما يكون بالانزال دون الجماع عرف ذلك في حديث رفاعة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوقي عسيلته بالتصغير قوله وشرط صفة الاحصان فيهما ظاهر وقيل كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمراة مسلمة واجيب بان صورته ان يكونا كافرين فاسلمت المراة ودخل بها قبل عرض الاسلام عليه لانه ما لم يفرق القاضي بينهما بالاباء عند عرض الاسلام فهما زوجان وقد مر ابو يوسف يخالفهما في الكافرة فان استسلام المنكوحة وقت الدخول بها اي شرط احصان الزاني فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنا والحجة عليه اي على ابي يوسف ما ذكرناه يعني قوله ولا ايتلاف مع الاختلاف في الدين وقوله عليه الصلاة والسلام معطوف على قوله ما ذكرناه لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ذكر شمس الايمة السرخسي مرسلا في مبسوطه قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وفي رواية عن احمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت انه صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب جلد مايه ورمي بالحجارة والبكر بالبكر جلد مايه ونفي سنة ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده وحديث عبادة دليل لقوله تعالى او يجعل الله لهن سبيلا وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا وقوله ولان الجلد يعرى عن المقصود ظاهر قوله والشافعي رضي الله عنه يجمع بينهما حدا اي في حد الزنا بنفي الرجل والمراة جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مايه وتغريب عام ولان التغريب من تتمة الحد فكان الرجل والمراة في حق الجلد سوا فكذلك في حق التغريب ولان فيه اي في التغريب حسم مادة الزنا لقلة المعارف من نعرفهم ويعرفونه من الاحباب والحبيبات لان الزنا انما ينشا من الصحبة والموانسة والتغريب قاطع لذلك ولنا قوله تعالى فاجلدوا وجعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفا ورجوعا بنصب على المصدر ومعناه انه

فانها من كانت تحصين لانه لابد الحصر عن الزنا
انما قيد الاحصان بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير احصان الرجم
على م
الاحصان م
نزل قرا
بلغ
الى القلة م

بزوا ذكر الجزاء صح

الفا في أنعد الشرط بالفا دل استعرا كلامهم انه هو الجزا الا ترى انه اذا قال لامراته ان دخلت الدار فانت
طالق واحده ليس جزا الشرط الا ما هو المذكور بعد الفا قوله او الى كل المذكور اي رجوع الى كل المذكور ومعناه
انه ذكر الجلد ثم النفي في موضع الحاجه الى البيان فكان كل ما ذكره كل ما يحتاج اليه من البيان فلو كان شي حتى
يحتاج اليه ولم يبين لزم الاخلال في البيان في موضع الحاجه والعمل بالحديث الذي رواه في الكتاب وهو لا
يجوز قوله ولان في التغريب فتح قوله ولان فيه اي في التغريب قطع ما ذكره البقا يعني ما يحتاج اليه من
الماكول والملبوس فربما يتخذ بناتها زناها مكسبه وهو من اقبح وجوه الزنا لازدياده شهره قوله وهذه الجهة
مرجحه يقول على نقل بفتح الجيم وكسرها فوجه الفتح الا هذه الجمله من العله اقوى من عله الخصم بشدة قول
على الصحة ما قلنا ووجه الكسر ان الخصم يقول صحة نقل قول علي فقال المصنف هذه الجهة من جهات العلل يؤيد
صحة علي فكانت اللام المتصله داخله على المفعول في قوله تعالى والذين هم للزكاة فاعلون وفي الوجه
الاول كانت للتعليل فان قيل الاصل ان ما يصلح عله لا يصلح مرجحا وهذه الجهة عله فكيف صلحت مرجحه
اجيب بان هذه الجهة ليست بمثبته للحد بل هي نافيه مع ان النفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح للترجيح في
مثل هذا الموضع بذكر التعليل موضع بعضها بعضا وتاري الاختلاف اختيار المصنف لفظ الجهة على لفظ
العلة الا لهذا كذا في النهايه قوله والحديث يعني قوله البكر بالبكر جلد مايه وتغريب عام منسوخ كشطره وهو
قوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مايه ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قيل يعني في
طريقة الخلاف فان قيل هذا اثبات النسخ بالقياس اجيب بانه بيان لكون المنسوخ الحديث منسوخا بناسخ
ولم يتبين ان الناسخ ما هو وحاصل ذلك ان حكم الزنا في الابتدا كان امساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهن
الموت والابد ابالك فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم
انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى الزانيه والزاني والدليل على ان الحديث متقدم على قوله تعالى الزانيه
والزاني ان النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني ولو كان انتساخ امساك الزواني في البيوت بقوله الزانيه
والزاني ان النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني الله وهذه الدلاله التي هي دلالة التقدم هنا مثل دلالة
التقدم في حديث العرنيين دال على انه متقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول وهو جواز المثله
فكذلك ههنا دل الدال على ان الحديث متقدم على قوله تعالى الزانيه والزاني وهو ما ذكرنا هذا ما ذكره في النهايه
وتبعه غيره من الشارحين قوله الا ان يرى ذلك مصلحه استثنا من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي
يعني اذا راي الامام تغريب الزاني مصلحه لدعارته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة
لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابه روي
ان ابا بكر جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر رضي الله عنه سمع قايله تقول هل من سبيل الى خمر فاشربها او هل
سبيل الى نصر بن حجاج الى فتى ماجد الاعراق مقتبل سهل المحيا كريم غير ملجاج فطلب نصرا ونفاه وذلك
لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحه ظهرت له فقال ما ذنبي يا امير المومنين فقال لا ذنب لك وانا الذنب
حيث لم اطهر دار الهجرة عنك وعثمان رضي الله عنه نفى زانيا ونفاه الى مصر وعلي رضي الله عنه جلد ونفى ثم
قال كفى بالنفي فتنه وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير قوله واذا زنى المريض الى اخره قوله قال
الغامديه روي ان الغامديه لما اقرت بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال لها رسول
الله صلى الله عليه وسلم ارجعي حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت ثانيا واقرت فقال لها ارجعي حتى يستغني
ولدك فقالت اني اخاف ان اموت قبل ان احد فقال رجل انا اقوم بتربيه ولدها فامر رسول الله صلى الله
عليه وسلم برجمها فذلك ان الحكم هو التاخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب

باب الوطي

الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع في بيان ما يوجب الحد وما لا يوجبه
وقد ذكرنا تعريف الزنا في اول كتاب الحدود وذكره المصنف ههنا واعترض بانه غير منعكس لان الزنا يصدق
على فعل المراة هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا حد القذف وهذا التعريف وهو قوله وطي الرجل المراة
في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه واجيب بان هذا التعريف انما هو بالنسبة الى الاصل
والمراة تدخل فيه تبعا لما سيجي بعد هذا ان كل موضع يجب فيه الحد على الرجل يجب فيه على المراة وكل موضع
لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المراة فان قلت قوله لانه فعل محظور تعليل واقع في غير محله لانه في المتصورات
قلت التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبارهم انتفا الشبهة لتحقق الزنا وتقرير كلامه انما
اعتبروا ان تكون في غير شبهة الملك لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال لان الناقص ثابت من وجه
دون وجه فلا يوجب عقوبه كامله والكمال في الحظر عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم

ادروا

دونه م

والمشروب ح

الزاني ح

عنى ولو كان انتساخ امساك الزواني في البيوت بقوله تعالى الزانيه والزاني لما قال عليه الصلوة والسلام خذوا الخ

وقد عرف طريقه في الكتاب والعرسان صح

يلدم

بلغ

ادروا الحدود بالشبهات ثم الشبهه وهي ما تشبه الثابت وليس بثابت على ما قال نوعان شبهه في الفعل وتسمى شبهه اشتباه
في حق من اشتبه عليه وليس بشبهه في حق من لم يشتبه عليه حتى انه لو قال علمت انها حرام علي حد وشبهه في المحل وتسمى شبهه
حكميه وتسمى شبهه ملك ايضا فانها لا توجب وان قال علمت انها علي حرام فالاولى يتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه
ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جاريه امراته تحل له بنا على ان الوطي نوع استخدام والاستخدام يحل فكذا
الوطي فيكون تحققها بالشبهه اي الظان تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمه في ذاته لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل
بها وهذه لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين جميعا لاطلاق الحديث لكن في الاولى عند الظن
وفي الثانيه على كل تقدير والنسب يثبت في الثاني اي في الظن الثاني وقيل اي في المذكور الثاني والاولى
ان يقال النوع الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض اي تخلص زنا في الشبهه
الاولى وان سقط الحد لامر رجع اليه اي الى الواطي وقيل هذا ليس بمجري على عمومه فان المطلقه الثلاث
يثبت فيها النسب لان هذا وطي في شبهه العقد فيكفي لاثبات النسب وكذا المختلعه والمطلقه
بعوض ينبغي ان تكون كالمطلقه ثلاثا وعد شبهه الفعل وهي في ثلاثه مواضع كما ذكر فاذا قال ظننت انها
تحل لي لا يحد لان الانسان يتبع شهوته لا هو لاحب انتفاعه بماله فكان هذا الظن في موضع الاشتباه
فيمنع الحد وان قال الرجل علمت انها حرام علي وقالت الجاريه ظننت انه يحل لي لا يحد واحد منهما اما المراة
فلدعوي الشبهه واما الرجل فلان الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد عن المراة سقط عن الرجل لمكان الشركه
على ما يجي فان قيل ما وجه الاشتباه في المطلقه الثلاث حتى لا تحد اذا قال ظننت انها تحل لي اجيب بان وجهه
ههنا بعض الاحكام بعد الطلقات الثلاث من النفقه والسكنى وحرمه نكاح الاخت وثبوت النسب
حتى لو جاءت بالولد ثبت النسب الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف في ان من طلق امراته ثلاثا هل يقع او لا
فينبغي ان يصير ذلك شبهه في اسقاط الحد اجيب بانه لا خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه
وانما قيد الطلاق البايني بالمال لانه اذا لم يكن على مال فوطيها في العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها علي حرام على
ما يجي وشبهه ام ولد اعتقها مولاها هي ما قلنا في المطلقه ثلاثا وهي في العدة من قيام اثر الفراش فكان الظن في
موضع الاشتباه وشبهه العبد في جاريه المولى انبساطه في ... لوطي والمولي بجاريه المرهونه في حق المرتهن
في روايه كتاب الحدود يعني اذا قال المرتهن ظننت انها تحل لي لا يحد وعلى روايه كتاب الرهن لا يجب الحد
سوا ادعى الظن او لم يدع كما في الجاريه المستاجره لانه وطي جاريه انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد
اشتبه عليه او لم يشتبه قياسا على ما لو وطي جاريه اشتراها على ان البايع بالخيار واذا قلنا انعقد له فيها
سبب الملك لانه بالهلاك يحصل حقيقه الملك عند الهلاك ووجه ما ذكره في كتاب الحدود هو ان عقد الرهن
عقد لا يفيد ملك المتعه بحال فقيامه لا يورث شبهه حكميه قياسا على الاجارة فانها لا تفيد ملك المتعه بحال فقيامه
يورث شبهه حكميه فما اورث قيامه في المحل شبهه حكميه وعلى هذا كان لا يجب عليه الحد اشتبه او لم يشتبه كما في الجا
ريه المستاجره للخدمه الا انه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع الاشتباه لان ملك المال في الجمله سبب لملك
المتعه ان لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له سبب ملك في حق المال فيشتبه انه هل يثبت بهذا العقد
ملك المتعه او لا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعه ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ذلك ملك
المتعه بحال فقيام الجاريه وملك المال حال قيام الجاريه وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعه في حال من
الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعه ثم عد الشبهه في المحل وهي في سته مواضع على ما ذكرها جاريه ابنه
لقيام المقتضي للملك وهو قوله عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك والمطلقه طلاقا باينا بالكنايات
لاختلاف الصحابه في كونها رجعيه او باينه والجاريه المبيعه في حق البايع قبل التسليم لان اليد التي كان بها
متسلطا على الوطي باقيه بعد فصارت شبهه في المحل والممهوره في حق الزوج قبل القبض لقيام ملك اليد
والمشتركه لقيام الملك في النصف والمرهونه في حق المرتهن في روايه كتاب الرهن وقد ذكرنا وجه في هذه
المواضع لا يحد بكل تقدير وهذان النوعان من الشبهه هو ما كان راجعا الى الفاعل والقابل وثم شبهه اخرى
وهي التي تثبت بالعقد فانها عند ابي حنيفه يثبت به سوا كان العقد حلالا او حراما متفقا عليه او مختلفا
فيه وسوا كان الواطي عالما بالحرمه او جاهلا بها وعند العلما الباقين لا يثبت اذا علم بحرمته ويظهر ذلك في نكاح
المحارم على ما ياتيك ان شا الله تعالى اذا عرفنا هذا اي هذا الذي ذكرنا من بيان نوعي الشبهه سهل تخريج
الفروع على ذلك وهو واضح مما ذكرنا قوله وقد نطق الكتاب يعني قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد
قوله ولا تعتبر قول المخالف فيه يريد قول الزيديه والاماميه فان الزيديه تقول اذا طلقها ثلاثا جمله لا
يقع الا واحده والاماميه تقول لا يقع شي اصلا لكونه خلاف السنه ويزعمون انه قول علي رضي الله عنه انه

اي هي شبهة صح

والثانية صح

والثاني ح

بقاء صح

يد العبد في مال مولاه والجارية من ماله فيجاز ان يظن حل الانبساط صح

تصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك تقرر انعقد له سبب الملك في الحال صح

شبهة م

فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه وبخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما يفيد له الملك صح

في الفرق بينهما الخلاف والاختلاف

وقوله ولو قال ظننت انها تحل لي ظاهر وقوله م

خلاف لا اختلاف والفرق بينهما ان الاختلاف ان يكون الطريق مختلفا والمقصود واحدا والخلاف ان يكون كلاهما
مختلفا في حق السبب يعني النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطي فانه لا يثبت قوله
وكذا اذا نوى بها ثلاثا لقيام الاختلاف مع ان ذلك اي كذلك الحكم اذا نوى بها من الالفاظ الكنايه ثلاثا ثم وطيها في
العدة لا يحد وان قال علمت انها حرام علي لان اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا
يجب الحد قوله ولا حد على من وطي جارية ولده وولد ولده يعني وان كان ولده حيا وقد يشير الى تعليل الكتاب
وهو قوله والابوة قائمة في حق الحد وقوله وقد ذكرناه اي في باب نكاح الرقيق قوله وكذا اذا قالت الجارية
معطوف على قوله وقال ظننت انها تحل لي وقد قدمناه قوله في الظاهر يتعلق بقوله اي وكذا لا حد على العبد
في ظاهر الرواية لان الفعل واحد فورود الشبهة في احد الجانبين يكفي لاسقاط الحد عن الآخر فان قيل يشكل
هذا بما اذا زنا البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع ان الفعل هناك ايضا واحد اجيب
بان سقوط الحد في جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل يكون باعتبار عدم الاهلية للعقوبات وكلامنا
فيما اذا تمكنت في فعل واحد من احد الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر في الجانب الواحد الآخر وان وطي جارية
اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم لما بينا يعني قوله لانه
لا انبساط في المال فيما بينهما فان قيل لم لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق مال اخيه او اخته لا يقطع اجيب
بان بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استيذان ولا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك
الحرز واما هنا فالحل دائر مع الملك او العقد ولم يوجد الملك ولا الشبهة ولا العقد فيجب الحد قال
ومن زفت اليه غير امراته هذا من باب الشبهة في المحل لان الفعل صدر منه بناء على دليل اطلق الشرع العمل به وهو
الاخبار بانها امراته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطيها ثم استحقت اعتبر الملك
كالثابت لدفع الغرور كذلك هاهنا ولهذا اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت
وكلامه واضح قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف يعني انه يقول فيها ان احصانه لم يسقط
بهذا الفعل لانه بنى الحكم على الظاهر فكان هذا الوطي حلالا في الظاهر فلا يسقط به احصانه وجه
الظاهر ان الملك منعدم حقيقة فلم يبق الظاهر الا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد قاذفه قوله لانه قد
ينام على فراشها غيرها من المحارم في بيتها يعني فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا وكان مقصرا فيجب (التي م)
الحد واما قال وقالت انا زوجتك لانها اذا اجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد وكذا ان لا
يصاح ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها فوطيها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يجب عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله وكل عقد
لم يصادف محله يلغو كما اذا اضيف الى الذكور وقوله وهذا لان محل التصرف بيان لقوله عقد لم يصادف
محله لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه لان حكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة ان العقد صادف محله (وبهذا المحل ليس محلا لحكمه م)
لان محل التصرف ما يكون قابلا لمقصوده والمقصود التوالد وبنات آدم قابلة لذلك قوله وهذا
المحل ليس محلا لحكمه قلنا ليس محلا لحكمه اصلا او في وقت دون وقت والاول ممنوع لانه كان محلا له في شريعة
من قبلنا والثاني مسلم ولكن كونه محلا في الجملة لا يجوز ان يكون شبهة في درء الحد فان الفعل لم يقع زنا (الحكم م)
لا لغة ولا عرفا فان اهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد والوصف وجوده واولاد اهل الذمة
من محارمهم لا ينسب الى الزنا في العرف وهم يقرون على نكاح المحارم ولا يقرون على الزنا بل يحدون عليه
واذا ثبت ان العقد صادف محله كان ينبغي ان يعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة
الحل بتحريم الشرع في ديننا فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت الا انه ارتكب جريمة
وليس فيها حد مقدر فيعزر وقوله ومن وطي اجنبية فيما دون الفرج اي في غير السبيلين كالتفخيذ (بلغ)
والتبطين عزر لانه فعل منكر ليس فيه شي مقدر ومن اتى امراة قيل اي اجنبية لانه اذا اتى امرأته او مملوكته
في الموضع المكروه اي الدبر لا يحد حد الزنا عندنا ايضا وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات لانه من
الناس يقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم من غير فصل بين محل ومحل ومن عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه (من يستحل م)
عند ابي حنيفة ويعزر زاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد حد الزنا جلدا ان كان غير محصن
ورجما ان كان محصنا وهو احد قولي الشافعي رضي الله عنه وقال في قول آخر يقتلان بكل حال اي سواء كانا محصنين
او لم يكونا لقوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه اي
اللواطة في معنى الزنا وقيل اي كل واحد من العملين الموضع المكروه وفعل اللواطة وفي بعض النسخ انهما في
معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وهو مناط الحد
في

في الزنا فيلحق به اللواطة بالدلالة لا بالقياس لان القياس لا يدخل فيما يدرأ بالشبهات وله انه ليس بزنا لاختلاف
الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار عليه او التنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك من
الحبس في انتن المواضع حتى يموت ولم يختلفوا في موجب الزنا فدل على انه ليس بزنا ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه
اضاعة الولد واشتباه الانساب بخلاف الزنا وكذا هو اندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعي واشتباه الا
نساب بخلاف الزنا وكذا هو اندر وقوعا من الزنا في احد الجانبين يعني على ما هو الجبلة السليمة والداعي
الى الزنا من الجانبين واذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة فبقي القياس والقياس في مثله باطل وما رواه
من قتلهما او رجمهما محمول على السياسة او المستحل لكونه بذلك الا انه تعزير عنده اي عند ابي حنيفة لما بينا انه
ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر قال في الزيادات والراي الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد ذلك وان
شاء ضربه وحبسه فقوله الا انه استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا ومن وطي بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى
الزنا في كونه جناية اذ ليس فيه تضييع الولد ولا افساد الفراش ولا في وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه
وانما يحمله على ذلك نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره اي ستر فرج البهيمة وانما اضمر عليه وان لم
يسبق ذكره لان ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكما الا انه يعزر لما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد
مقدر وما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يعمل به ولو ثبت فتاويله
مستحل ذلك الفعل والذي يروى انه يذبح البهيمة وهو ما روي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه اتي
برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت واحرقت بالنار فذلك لقطع التحدث به كيلا يعير بها الرجل اذا كان (نسخة)
البهيمة باقية لانه واجب قال ومن زنى في دار الحرب او دار البغي ثم خرج الينا (في دار م)
واقر عند الامام بالزنا لا يقام عليه الحد وقال الشافعي رضي الله عنه يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما
كان مقامه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تقام الحدود في دار الحرب ووجه التمسك به صلى الله عليه وسلم
لم يرد به حقيقة عدم الاقامة حسا لان كل احد يعرف انه لا يمكن اقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام
عنها فكان المراد بعدم الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض لقوله تعالى فاجلدوا فلا
يقبل اجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد والقياس
لانه لم يبق حجة قطعية على هذا الطريق ان رجوا وفيه نظر يعرف باستحضار قواعد الاصول وهو ان
التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس في الاية موجود ويجوز ان يقول حصل التخصيص (فرق)
بلفظ مقارن وهو قوله تعالى كل واحد منهما فان الضمير راجع الى الزاني والزانية والزنا وطي الرجل
المراة في القبل في غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلا واذا خص مقارنا جاز التخصيص بعده
بخبر الواحد والقياس وقوله ولان المقصود هو الانزجار يعني ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو
للانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد يعري عن
الفائده وذلك لا يجوز واذا لم ينعقد موجبا لا يقام بعد ما خرج لئلا يقع الحكم بغير سبب وانث الضمير في قوله
بانها لم تنعقد بتاويل الفاحشة قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة او بتاويل الوطية قوله ولو غزا
ظاهر قوله ولو في معسكره اشارة الى انه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنا فيها ثم خرج لا يقام عليه الحد والسرية
قيل هم الذين يسيرون بالليل ويختفون بالنهار ومنه خير السرايا اربعمايه قوله واذا دخل حربي دارنا بامان و
حاصل اختلاف اصحابنا في هذه المسيلة شمول الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحربية
وعند ابي حنيفة وهذا الشمول لا يتغير بمغايرة احد الطرفين للآخر بكونه حربيا او ذميا او ذكرا او انثى وعند
محمد عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية واما في جانب الذمي فيتفاوت بين الذكر والانثى فيما اذا
اختلف حالهما حيث يحد الذمي ولا تحد الحربية وفي العكس لا يحدان وهو قول ابي يوسف اولا وقال آخرا
لشمول الوجوب في الانواع كلها له ان المستامن التزم احكامنا اجاب بقوله بخلاف حد الشرب لانه يعتقد
اباحته فان قلت فهو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي ان لا ينتقض منه ولا يحد لقذفه قلت المعنى
باعتقاد الاباحة هو ان يكون ذلك دينا وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فاباحتهم ذلك ليست بدين
وانما هو هوى وتعصب ولابي حنيفة ومحمد ان التزام الاحكام انما هو بالتزام القرار في الدار لان الاتصاف
بكونه من اهل دارنا انما يكون بذلك والحربي ما التزم ذلك لانه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا
ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به واذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة
كان ملتزما من الاحكام ما يرجع الى مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما لم يدخل للاقامة اي لا اتصاف (تحصيل م)
في العدل لاجله على غيره يلتزم الانتصاف اي العدل لغيره عليه لان الغرم بازاء الغنم والقصاص وحد القذف

منع مقاومه في دارنا كان الذمي التزم مقامه ومن التزم احكامنا تنعقد عليه كالمسلم والذمي ويحد بحد القذف ويقتل قصاصا فان قيل لو كان كذلك لاقيم عليه حد الشرب لانه من احكامنا م

من حقوق العباد فكان داخلا في الانتصاف واما حد الزنا فمحض حق الشرع فلا يكون داخلا فيه قلنا فرغنا
من الجواب عن قول ابي يوسف شرع كل منهما في اثبات ما ذهب اليه فقال محمد الاصل في باب الزنا فعل الرجل
والمراة تابعة له على ما ياتي فامتناع الحد في حق الاصل فيما اذا زنى الحربي بذمية يوجب امتناعه في حق التبع
والا لا يكون تبعا فكان خلفا واما الامتناع في حق التبع فيما اذا زنى الذمي بحربية فلا يوجب امتناعه
في حق الاصل والا لكان مستتبعا وكان اصلا والفرض انه تبع وذلك خلف باطل نظير ذلك اذا زنى البالغ
بصبية او مجنونة فانه يحد البالغ دونهما لان الامتناع في حق التبع لا يستلزم في حق الاصل وتمكين البالغة
نفسها من الصبي والمجنون فانه لا يجب الحد عليها لان الامتناع في حق الاصل يستلزم في حق التبع ولابي
حنيفة ان فعل الحربي المستامن زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا
بالشرائع على اصلنا ولهذا لو قذفه قاذف به بعد الاسلام لم يلزمه الحد الا انه لا يقام عليه الحد وانما يكن
مخاطبا لوجوب تبليغه مامنه بقوله تعالى ثم ابلغه مامنه واذا كان كذلك كان تمكين المراة منه زنا لان التمكين من
فعل الزنا زنا يوجب الحد لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فيجب الحد عليها لوجود المقتضي وانتفاء
المانع بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مامنه والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهي
فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم وقوله على ما هو الصحيح احتراز
عن قول بعض مشايخنا العراقيين فانهم قالوا انهم مخاطبون بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات
وقوله وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا اشارة الى قول بعض اصحابنا فانهم قالوا الكفار غير مخاطبين
بالشرائع قال شمس الائمة ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات وقوله
بخلاف الصبي والمجنون جواب عن مستشهد محمد على ان سقوط الحد عن الاصل يوجب السقوط عن التبع ووجه
ذلك ان هذا ليس بنظير ما نحن فيه لان الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا فلا التمكين من الزنا
زنا يوجب الحد ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة يحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد
قال واذا زنى الصبي والمجنون صورة المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر والشافعي قياس احد
الجانبين بالاخر فان العذر من جانبها كما في صورة الاجماع لا يوجب سقوط من جانبه فكذا العذر من
جانبه وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها والجامع ان كلا منهما مؤاخذة بفعله
ودليلنا ظاهر مما ذكرنا انفا فلا حاجة الى التكرار واعترض عليه من وجهين احدهما ان غير المحصن اذا
زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وان لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الاصل لم يوجب عدمه على التبع
فلتكن هنا كذلك والثاني ان الصبي او المجنون اذا زنى بالمطاوعة ينبغي ان لا يجب المهر عليه لان الوطء لا يخلو
من احد الامرين اما الحد او المهر وقد اورد في الذخيرة انه لا يجب عليه المهر فيما اذا طاوعته المراة واجيب
عن الاول بانه لا يلزم من احصان الزاني احصان الزانية لان الاحصان موقوف على شرائط اخر ويلزم من تحقق
فعل الزنا منه تحققه منها بسبب التمكين لان تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب في حقها
وعن الثاني بانا لو اوجبنا المهر على الصبي فيما اذا طاوعته لخلا الايجاب عن الفائدة لان لولي الصبي الرجوع
عليها في الحال بمثل ذلك لانها لما طاوعته صارت امرة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم وصح الامر
من المراة لان لها ولاية على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة او صبية فان المكرهة ليست بامرة
والصبية لا يصح امرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة فايجاب المهر كان مفيدا اذ ليس لولي
الصبي حينئذ ان يرجع عليها بمثل ذلك وقوله ومن اكرهه السلطان الخ ظاهر وقوله وعليه المهر اي ذلك يعني في
كلتي الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعوى المراة فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر فكيف وجب لها المهر وهي
منكرة للنكاح اجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح انتفى الحد عنه
في هذا الوطء لانه في دعواه اما ان يكون مصدقا او مكذبا فان كان الاول ثبت النكاح حقيقة وان كان
الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فسقط الحد
وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطء لا يخلو عن غرامة او عقوبة واذا تحقق الملزوم بدون اختيارها
تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وان ردته وقوله ومن زنا بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة
وانما وضع المسئلة في الجارية وان كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية
فانه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما ان شبهة وجوب الحد عند اداء الضمان
انما يجب في حق الجارية لا في حق الحرة لان الامة تصلح ان تكون ملكا للزاني عند اداء الضمان بشبهة ان لا
يجتمع البدلان في ملك شخص واحد كما اذا زنا بها فاذهب عينها وهو وجه قول ابي يوسف في هذه المسئلة
وقوله

والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد والحربي مخاطب تفعله حم

فيما اذا اقرت المراة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر حم

وقوله وهو على هذا الخلاف اي شرى الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف
عند محمد وابي حنيفة يحد خلافا لابي يوسف فكان رد المختلف الى المختلف لكن الخلاف في المشتراة
بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه ولهما ان هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب
الملك لانه ضمان دم والدم مما لا يملك ويمكن ان يقرر هكذا لانه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والموت
ليس بمحل للملك وقوله ولو كان يوجبه يعني سلمنا ان ضمان القتل يوجب الملك لكن انما يوجبه في العين كما
ذكرتم في جثة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا مستندا
لان المستند لا يظهر في المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة قيل فليكن الملك ثابتا بطريق التبيين لئلا
يشترط الوجود كما في الحيض درء في باب الحدود واجيب ان التبيين انما يكون في حكم مضى تجانبه ينتظر
الوصول اليه فان وصل حكم بثبوته والا فلا كما في الحيض وليس ما نحن فيه كذلك وقوله وهذا الخلاف فيما
اذا زنا بها جواب لصورة يمكن ان يستشهد بها ابو يوسف كما قررناه وتقديره ان الزاني بالضمان يملك
الجثة العمياء لكونها قابلة للملك اذ هي عين موجودة فتورث الشبهة وهذا الجواب انما يستقيم على اصل الجواب
دون التنزل فان للقائل ان يقول الملك يثبت في الجثة العمياء مستندا فلا في المستوفى تبعا من المنافع
لكونها معلومة معدومة واما اذا تنزلت الى اصل الجواب وهو قوله انه ضمان قتل فلا يوجب الملك ونحو
ضمان دم وهو ليس بمحل للملك فانه صحيح ويجوز ان يقال بالنظر الى التنزل ايضا بان الملك وان كان ثابتا فيها ايضا
لكن فيه شبهة العدم فيكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولا كذلك في الجثة العمياء لثبوت الملك
فيها حقيقة فتكون في المنافع الشبهة وهي معتبرة لكن ليس في كلام المصنف ما يشير الى هذا اصلا وكل شيء صنعه
الامام الذي ليس فوقه امام وفسره ابو الليث بالخليفة فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال
لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره قال صلى الله عليه وسلم اربع الى الولاة وعد منها اقامة
الحدود وكلامه واضح واما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله
تعالى وللقائل ان يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب ان لا يحد المستامن اذا قذف كما لو زنى وقد
تقدم انه يحد لانه حق العبد والجواب ان حد القذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب ما يليق
وما يليق بالحربي ان يكون حق العبد لامكان الاستيفاء وما يليق بالامام ان يكون حق الله تعالى لانه ليس
فوقه امام ليستوفيه منه

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكرنا ان ثبوت الزنا
انما يكون عند الحاكم بشيئين لا غير وهما الشهادة والاقرار واخر الشهادة هنا عن الاقرار لقلة ثبوت الزنا
بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الامام بالشهادة اذ رؤية اربعة رجال عدول
على الوصف المذكور كالميل في المكحلة كما في الكتاب في غاية الندرة قال واذا شهد الشهود بحد
متقادم اذا شهد الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف
خاصة واعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة ايضاح في تعديد ما يوجب الحد تحري من السرقة
وشرب الخمر والزنا وزيادة الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر مدة الشهر في التقادم وزيادة
اثبات الضمان في السرقة كما لا يحد المشهود عليه لا يحد الشهود ايضا حد القذف في الشهادة بالزنا لان عددهم
متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى قوله بين
حسبتين احريين مطلوبتين له نيل احتسب بكذا اجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الاجر والجمع الحسب
وقوله بخلاف حد السرقة جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ومع ذلك لو شهد
الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل فعلم بهذا ان قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط
الدعوى ووجهه لا نسلم ان الدعوى شرط للحد لانه خالص حق الله على ما مر والدعوى ليست بشرط فيه وانما
هي للمال وهو حق العبد وقوله ولان الحكم يدار جواب اخر وتقريره ان المعنى المبطل للشهادة في التقادم
في الحدود الخالصة حقا لله تعالى هو تهمة الضغينة والعداوة وذلك امر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على
كون الحد حقا لله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد او لا كما ادير الرخصة على السفر من غير توقف على
وجود المشقة في كل فرد من افراده وقوله ولان السرقة جواب اخر وتقريره ان المعنى المبطل للشهادة في التقا
دم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى هو تهمة الضغينة والعداوة وذلك امر باطن لا يطلع عليه فيدار
الحكم على كون الحد حقا لله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد او لا كما ادير الرخصة على السفر من غير توقف
على وجود المشقة من كل فرد من افراده وقوله ولان السرقة جواب اخر ووجهه ان السرقة تقام على الاستسرار
لانها توجد في ظلم الليالي غالبا على غفلة من المالك فلا يكون المسروق منه عارفا بالشهادة حتى يستشهد بان

فيجب على ان حد اعلامه في ذلك صار اثني قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة ظاهر قوله لان الامضا اي الاستيفا من القضا لان المقصود من القضا في حقوق العباد اما اعلام من له القضا او التمكين لمن له القضا من الاستيفا بالقضا وهذا ان المعنيان لحصلان بمجرد القضا فلم يتوقف تمامه الى الاستيفا واما الله تعالى في حقوقه فتتعين عن هذين المعنيين فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفا فلذلك كان الاستيفا من تمام القضا في حقوق الله تعالى واختلفوا الى حد التقادم والشاد في الجامع الصغير الى سنة اشهر فانه قال بعد حين كما ذكرنا وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة لم يقدر في ذلك ونقل الناطقي في الاجناس عن نوادر المعلى قال ابو يوسف جهدنا على ابي حنيفة ان يوقت في ذلك شيا فابى وفوضه الى راي القاضي في كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة ذكر في المجرد قال ابو حنيفة لو سال القاضي متى زنا بها فقال منذ اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهرا او اكثر درء الحد قال الناطقي فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد واصله مسيلة اليمين حلف ليقضين دينه فلانا عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه قوله وهو الاصح يعني تقدير التقادم بشهر قوله وهذا اي الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان فيها تقبل لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة قال ـــــــ واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غايبة فانه يحد وكذا اذا اقر بذلك وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غايب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تعدم الدعوى لانها لا تنفع على الغايب وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم لانه شبهة الشبهة والمعتبر هي الشبهة دون النازل عنها لاسيما يسد باب اقامة الحدود وبيان ذلك انها لو كانت حاضرة وادعت النكاح سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب واذا كانت غايبة كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة وهو المعنى بشبهة الشبهة وهذا بخلاف ما اذا كان احد اولياء القصاص غايبا فانه لا يستوفي حتى يحضر الغايب لاحتمال ان يحضر الغايب فيقر بالعفو لانه لو حضر واقر يسقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة فاذا كان غايبا يثبت شبهة العفو لا شبهة شبهة وان شهدوا انه زنى بامراة لا يعرفونها لا يحد لاحتمال انها امراته او امته وبين عليه الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم وان اقر بذلك اي بالزنا بامراة لا يعرفها حد لانه لا يخفى عليه امراته او امته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها واخر انها طاوعته درء الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا لا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما اي لاتفاق الفريقين على الموجب للحد وتفرد احدهما بزيادة جنايتها وهو الاكراه بخلاف جانبها فان الموجب لم يتحقق لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها لم يثبت لاختلافهما فيه وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عنده الموجب في حقه كما في وطي الصغيرة المشتهاة والمجنونة ولابي حنيفة ان المشهود به قد اختلف لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وكل منهما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهولا اثبتوا له وصفين متضادين لان الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر فكان كل واحد منهما خلاف الاخر واختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة قوله ولان شاهدي الطواعية دليل اخر وتقريره لان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم واذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا نعلم بها الحد وكان ذلك يقتضي اقامة حد القذف على شاهدي الطواعية ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط الاحصان لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا اثم بسبب الاكراه قوله وان شهد اثنان على انه زنى بالكوفة ظاهر قوله خلافا لزفر يعني انه يقول يحدون لان شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فكان كلامهم نقصا قذفا كما لو شهد واعلى رجل بالزنا فانهم يحدون حد القذف ولنا ما ذكره بقوله لشبهة الاتحاد يريد شبهة اتحاد المشهود به وتقريره ان الشبهة دارية في الحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهدوا ولهم اهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظرا الى اتحاد صورة الشبهة الحاصلة منهم والى المراة وانما جا الاختلاف بذكر المكان فثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فتدرء الحد قيل والحاصل انها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم تحد الشهود وبالنظر الى الثاني لم يحد المشهود عليه وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمراة ظاهر ولا يقال بان ذلك احتيال لوجوب الحد والحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها لان هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما امكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فان قيل فان كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة في مسيلة الاكراه والطواعية على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه بان يحمل على ان يكون ابتداها بالفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طوع اجيب بان كل ما ذكر في مسيلة الاكراه والطواعية لا يتفاوت وينبغي ان يكون اكراها من اوله

٤٧

الى اخره او اوله اكراها واخره طوعا فلما كان كذلك كان في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرنا قال ـــــــ وان شهد اربعة انه زنى بامراة بالنخيلة تصغير النخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة والبا المفتوحة والجيم تصحيف لانه اسم حي من اليمن ودير هند لا يحد عليه لانه ايضا موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح قوله فلاحتمال صدق كل فريق يعني ان احتمال الصدق في حق كل فريق من الفريقين قايم وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف قوله درء الحد عنهما وعنهم توضيحه ان الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا في اسقاط الحد فيسقط عنهما واما عنهم فلانه تكامل نصاب الشهادة وانما امتنع حكمها بقول النسا ولا مدخل لقولهن في اثبات الحدود قوله فان شهد اربعة بالزنا على رجل وهم عميان ظاهر قوله لان الزنا يثبت بالادا اي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا ادا للعبيد والعميان والمحدودين في القذف لاكاملا ولا ناقصا فتقلبت شهادتهم قذفا لانهم نسبوه الى الزنا ولم تكن نسبتها الى الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة قوله لان الفاسق من اهل الادا والتحمل يعني بالفسق قال ـــــــ الله تعالى ان جاكم فاسق بنبا فتبينوا فالامر بالتبين دليل على ان الفاسق من اهل الادا لانه لو لم يكن اهلا لما امر بالتبين ثم الا ترى ان العبد اذا شهد لم يومر بالرد لا بالتبين وذكر الامام قاضي خان ان الشهود ثلاثة شاهد له اهلية التحمل والادا لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الادا كالاعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد فان الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ولا حسبة ادا الشهادة ايضا لنقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم توجد الحسبة ثبت القذف لانه خروج الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسبة قوله وان شهد اربعة بالزنا على رجل ظاهر قوله وعندهما يضمنون اي ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات قوله وهذا ركالرجم او القصاص يعني اذا شهد الشهود فرجم المشهود عليه او قتل ثم رجعوا يضمنون الدية ووجه ابي حنيفة ظاهر في الصحيح يعني في الصحيح من الرواية وذكر في مبسوط فخر الاسلام ولو قال قايل يجب الضمان على الجلاد فله وجه انه ليس بمامور بهذا الوجه لانه امر بضرب مولم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه ومع فعله تعديا فيجب عليه الضمان وذكر في الايضاح في هذه المسيلة لابي حنيفة وجها حسنا وهو ان الاضافة الى الشهود من حيث الايجاب دون الايجاد والامر الحاصل موجب وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن مضافا الى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان قوله لما فيها من زيادة الشبهة معناه لما فيها من شبهة زادت على الاصل لم يكن فيه فان الكلام اذا انتقل اولته الالسن يكون فيه زيادة ونقصان قوله اذ هم قايمون مقامهم اي الفروع مقام الاصل فكان الرد بشهادة الفروع رد الشهادة الاصول وذلك لان الموضع الذي تقبل فيه شهادة الفروع تقبل شهادة الاصول ففي الموضع الذي ترد يتعدى ردها الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة قوله ولا يحد الشهود يعني الاصول والفروع لان عددهم متكامل والاهلية موجودة وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة وهو شبهة عدم التحمل في الفروع وشبهة الرد في الاصول وهي كافية للدرء لا الايجاب لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له قال ـــــــ واذا شهد اربعة على رجل بالزنا هذا شروع في بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا وكلامه واضح قوله لانه ان كان القاذف حيا فقد بطل بالموت يعني لانه حد القذف لا يورث وان كان القاذف ميتا فهو مرجوم بحكم القاضي وذلك ان لم يسقط الاحصان فلا اقل من ايراث الشبهة والحد يبطل بها ولنا ان الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع عنها لانها تنفسخ به واذا انفسخت كانت قذفا لانتفا الحسبتين جميعا فيجعل للحال قذفا للميت واذا انقلبت قذفا فقد انفسخت حجيتها واذا انفسخت حجيتها انفسخ ما يبتني عليها وهو القضا واذا انفسخ القضا اندفع القول لكونه مرجوما بحكم القاضي فلا يسقط الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن قيد بقوله في حقه لانه زعم ان شهادته ليست بحجة وزعمه في حق نفسه معتبر بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لكنه لقيام القضا في حقه لان قضا القاضي في زعمه صحيح متقرر فكان قذفه واقعا في حق غير المحصن فلا يجب حد القذف ولقايل ان يقول القضا لو كان واقعا في زعمه وجب الحد لا محالة فاذ لم كان في ان زعمه دون زعم كان فيها من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارية للحد اي سقط واعترض ايضا بان احد الشهود لو ظهر عبدا بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولو ظهر احدهم عبدا بعد الجلد حدوا وما ذلك الا لان القذف انما ثبت بالشهادة من وقت الشهادة كما قال زفر ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف واجيب بان احدهم لما ظهر عبدا علم ان شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت لعدم اهلية الشهادة لان العبد لا شهادة له فان كان الحد جلدا

فقد قذف حيا فيحد وان كان رجما فقذف حيا ثم مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فانها كانت شهادة في ذلك الوقت وقد
وبالرجوع انقلبت قذفا بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد وقوله فانه لم يحد المشهود عليه ظاهر وقوله ولنا ان
كلامهم قذف في الاصل يعني لكونهم صريحا فيه لكن سلب عنه ذلك اذ كان شهادة وانما يصير شهادة باتصال
القضاء به فاذا لم يتصل بقي قاذفا وهذا ايضا ينقض ما تقدم لانه قال هناك ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع
وههنا قال انه قذف وانما تصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا لا يرد قوله
من يقول ان فيها قال راضي بنا مواخذة من لم يرجع بذنب من رجع وقد قال تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى
لان الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مواخذ بذنبه لا بذنب غيره وقوله وان كانوا اربعة
فرجع احدهم يعني بعد الرجم لان وضع المسئلة في ذلك وقوله فلما ذكرنا اشارة الى ما قال من قبل ولنا ان الشهادة
انما تنقلب قذفا الخ ومعناه يحد الثلثة جميعا لانه لما رجع الثاني لم يبق من الشهود من تتم به الحجة وقد انفسخت
الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان فان قيل الاول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان فلو لزمه ذلك لكان
لزومه برجوع الثاني ورجوع غيره لم يكن ملزما اياه الحد اجيب بان الحد لم يجب لا لانعدام السبب بل لوجود
المانع وهو وجود بقاء الحجة التامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر لا بزوال
المانع ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بانهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لان في حق كل واحد منهم لا يلزمه
شيء برجوعه وحده لو ثبت اصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا
التزكية ممن زكى نفسه اذ امدحه وتزكية الشهود الوصف بكونهم ازكياء وان شهد اربعة على رجل بالزنا
فزكوا فرجم فظهر الشهود مجوسا او عبيدا فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية
وقال ابو يوسف ومحمد هو اي الضمان على بيت المال وقال كانت قوله رجعوا على التزكية محتملا لان المال يكون
الرجوع بان يقولوا اخطانا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا تعمدنا التزكية
مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع قيل هذا اذا قالوا اعني لو قالوا اخطانا لما وجب الضمان بالاتفاق قالا ان
المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه هو الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا فكان كما اثنوا
على المشهود عليه خيرا فكانوا الى المعنى كشهود الاحصان الا ان اولئك اثبتوا احصانا لا حميدة في الزاني
وهؤلاء اثبتوا احصانا لا حميدة في الشاهد كما لا ضمان على اولئك فكذلك على هؤلاء قوله ولان الشهادة ظاهر
وقوله وهذا يعني وجوب الضمان على قول ابي حنيفة وقوله لانه لم يقع كلامهم شهادة فيه نظر لما تقدم ان
كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء فما وجه قوله لانه لم يقع كلامهم شهادة
والجواب ان القضاء لما ظهر خطاؤه بيقين صار كانه لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة فان قيل
فلم لا يحد الشهود قلت لانهم قذفوا حيا ثم مات فلا يورث عنه واليه الاشارة في الكتاب لا يقال لم لم يجعل
قذفا للميت في الحال بطريق الانقلاب كما في الرجوع عن الشهادة ولم يوجد فان قيل لم لا يكون ظهورهم عبيدا
او مجوسا علة للانقلاب كالرجوع فالجواب ان الانقلاب صيرورة الشهادة قذفا وكلامهم لم يقع شهادة وقوله
وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل يعني ان القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضي يكفي
لايراث الشبهة لانه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم فصورته يكون شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في اسقاط
الحد ولهذا لا يجب القصاص على الولي اذا الشهود بقتله حيا وقوله وان رجم على بناء الفاعل اي الرجل
الذي ضرب عنقه لم يضربه وان رجع جماعته ثم وجدوا اي الشهود عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل
امر الامام فنقل فعله اي فعل الراجم الى الامام ولو باشره الامام بنفسه وجبت الدية في بيت المال
لما ذكرنا ان فعل الجلاد ينتقل الى القاضي وهو عامل للمسلمين تجب الغرامة في مالهم كذا هذا بخلاف ما اذا
ضرب عنقه لانه لم ياتمر بامره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا
تعمدنا النظر الى موضع الزنا من الدراسين قبلت شهادتهم لما ذكر في الكتاب وهو واضح وفي الجامع الصغير
لشمس الايمة قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على انفسهم فان النظر الى عورة الغير قصدا
فسق واما انه تقبل شهادتهم اذا لم يتبينوا كيفية النظر لاحتمال ان يكون ذلك وقع اتفاقا لا قصدا ولكنا نقول
النظر الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة
وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشا في البير والميل في المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا وقوله
واذا شهد اربعة على رجل بالزنا ظاهر وقوله والاحصان يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة
الا ترى انه يثبت بشهادة رجل وامراتين عندنا فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان
بالحكم بثبات النسب وقوله خلافا لزفر والشافعي الشافعي مر على اصله وزفر جعل الاحصان شرطا في معنى

العلة

العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة ويترتب على ذلك امران احدهما ما
ذكره في الكتاب ان شهادة النساء لا تقبل فيه والثاني ان شهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم يضمنون
عنده على ما سياتي لان شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي
الخ يعني ان الزاني لو كان مملوكا لذمي وهو مسلم فشهد ذميان ان مولاه الذمي اعتقه قبل الزنا لم يرجم مع ان
شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة
اهل الذمة فهذا امثله وقوله لما ذكرنا يعني ان الاحصان شرط في معنى العلة ولنا ان الاحصان عبارة
عن الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب
اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة والحال انه مانع عن الزنا على ما ذكرنا قبل باب الوطء الذي يوجب
الحد فيكون المجموع لكل منه جهة وكل ما كان مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة وصار كما اذا شهدوا
به اي بالنكاح في غير هذه الحالة يعني لو شهد رجل وامراتان ان فلانا تزوج هذه المراة ودخل بها في غير حالة
الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا بخلاف ما ذكر يعني زفر من شهادة الذميين على ذمي انه اعتق عبده
قبل الزنا لان العتق هناك يثبت ايضا بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه يتضرر به المسلم
او يتضرر به من حيث اقامة العقوبة الكاملة عليه وما ينكره المسلم او يتضرر به لا يثبت بشهادة اهل الذمة
فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم وقوله فان رجع شهود الاحصان
لا يضمنون هو احد الامرين المترتبين على الاصل الذي ذكرنا من قبل باب حد الشرب
انما اخر حد الشرب عن حد الزنا لان جريمة الزنا اشد من جريمة شرب الخمر فانه بمنزلة قتل النفس فان الله
تعالى قرن ذكره بعبادة الاصنام حيث قال تعالى والذين لا يدعون مع الله الها اخر ولا يقتلون النفس
التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون ولهذا لا يحل في دين من الاديان واخر حد القذف عن حد الشرب لان جريمة
الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف فان القذف خبر متمثل بين الصدق والكذب ولهذا كان
ضرب حد القذف اخف من ضرب حد الشرب لضعف في ثبوت القذف لجواز ان يكون صادقا في نسبته
الى الزنا فلا يكون قذفا ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجود او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه
اي على الشارب بذلك اي بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى عوان بين ذلك او شهدوا
على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد وظاهره يقتضي ان لا يشترط الرائحة بعد ما شهد
الشهود عليه بالسكر من الخمر ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد
بالشهادة او بالاقرار فالاصل فيه اي في وجوب الحد قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر مع مجيئهم به
وهو سكران فعليه الحد وظاهره يقتضي ان لا يشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من
الخمر ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد قوله صلى الله عليه وسلم
من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاقتلوه وهو متروك العمل به فليكن الباقي كذلك واجيب بان ترك
العمل بذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى معان ثلاث وليس شرب الخمر منها
فبقي الباقي معمولا به لعدم المعارض وقوله فان اقر بعد ذهاب رائحتها واضح وقوله غير انه مقدر بالزمان
عنده اي عند محمد وهو التشهر اعتبارا بحد الزنا وقوله وهذا يعني تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة
لان التاخير يتحقق بمضي الزمان فلا بد من تقدير زمان واما ان ذلك سنة اشهر او شهر واحد فيعلم في
موضع اخر واما عدم اعتبار الرائحة فلانها محتملة ان تكون من غيرها كما قيل يقولون لي انكه شربت مدامة
فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وهذه الرواية وهي رواية المطرزي بكلمة قد وعندي بدونها وهي رواية
الفقهاء فعلى الاول تسقط همزة الوصل من انكه في اللفظ وعلى الثانية تحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى
المدام وهو الخمر وعندهما بعد زوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان المعتبر
في ذلك قيام الاثر وهو الرائحة من اقوى الدلائل على القرب وقوله وانما يصار الى التقدير بالزمان جواب
عن التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الاثر وقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل جواب عن قوله والرائحة
قد تكون من غيره هذا بالنسبة الى الاثبات بالبينة واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا
على ما مر تقريره ان الانسان لا يكون متهما بالنسبة الى نفسه وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد
الخمر ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا يعني قوله
فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود ولكن
لا دليل على ان الشرط الذي شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة اجمع عليه الباقون وايضا كلام ابن

عند الوجود
مسعود شرطيه والشرطيه يفيد الوجود لا غير وجواب الامام فخر الاسلام يفيد بان العدم عند العدم ليس من
مفهوم الشرط بل من انتفا المجمع عليه مدفوع لما ذكرنا انفا وايضا ذكر في اول الباب انه ثابت بقوله صلى الله
عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وهم قال هنا انه ثابت باجماع الصحابه فهما متنافيان وايضا اشتراط الرايحه
مناف للاطلاق في قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقوله وربما يوجد منه ظاهر قال ومن سكر
من النبيذ النبيذ يقع على نبيذ العنب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ فالنقيع ان ينقع الزبيب
في الماء ويترك اياما حتى تخرج حلاوته الى الماء ثم يطبخ ادنى طبخه فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف
بالزبد على قول ابي حنيفه وابي يوسف الاخير يحل شربه ما دون السكر وعند محمد والشافعي لا يحل وما يتخذ من
التمر يقال له السكر والفضيخ والنبيذ فالنبيذ هو ما التمر اذا طبخ ادنى طبخه يحل شربه في قولهم ما دام حلوا واذا
غلا واشتد وقذف بالزبد عند ابي حنيفه وابي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوي لا القدح المسكر وقال
محمد والشافعي لا يحل واختلفوا في وجوب الحد وسيجي بيانه في كتاب الاشربه واما الكلام في حد السكران ه
ومقدار حده فسيذكر ان شا الله تعالى وقوله ولا حد على من وجد منه رايحة الخمر او تقياها يعني اذا لم يشاهد
منه الشرب لان الرايحه محتمله فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروايح ممكن
للمستدل اجيب بان الاحتمال في نفس الروايح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصا
او التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه واقول والجواب الثاني احسن لانه يتم على نفس المستدل
فانه يدل على ان المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس معه ذلك ويجوز ان يكون قوله
لان الرايحه محتمله على مذهب محمد وكذا الشرب قد يقع عن اكراه او اضطرار عن قوله ولا يحد السكران حتى
يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك والذي ذكره
من اباحة البنج موافق لما في الكتب هكذا رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربه
المتخذه من الحبوب كالحنطه والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربه حرام بالاجماع
لان السكر من البنج حرام مع انه ماكول فمن المشروب اولى كذا ذكره صاحب النهايه وليس بصحيح لان رواية
الجامع الصغير للامام المحبوبي تدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام وكلام المصنف يدل على ان البنج
حلال مباح ولا تنافي بينهما وحد الخمر وحد السكر من غير الخمر ثمانون سوطا لاجماع الصحابه يفرق على بدنه
كما في حد الزنا على ما مر فيه انه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والراس والفرج ثم يجرد عن ثيابه في المشهور
من الروايه وعن محمد انه لا يجرد عن ثيابه اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص اي بالحد نص قاطع او بالتجريد
نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة يعني من حيث العدد حيث لم نجعله مايه كما في الزنا فلا يعتبر ثانيا
وفيه بحث من وجهين انه ليس لاحد من المجتهدين التصرف في المقدرات الشرعيه والثاني ان الثمانين
لانه تغليظ لا تخفيف لانه روي انهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكمام وبالايدي وغير ذلك
ثم جلد ابو بكر اربعين ثم جلد عمر اربعين فالتقدير بعد ذلك ثمانين تغليظ لا تخفيف والجواب ان قوله انا
اظهرنا التخفيف كلام على لسان المجتهدين والتخفيف انما هو باعتبار ان الله تعالى جاز له ان يقدر حد الخمر مايه
كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيف منه ولما جعله الصحابه معتبرا بحد
المفترين ظهر التخفيف فلم يقدر واحد شي وانا اظهرنا التخفيف الذي كان ثابتا بترك التنصيص واليه اشار
بقوله اظهرنا التخفيف لله در لطايفه وقوله ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد
وقيل السكر كل شراب اسكر ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وهذا قول
ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف وزفر يثبت باقراره مرتين في مجلسين اعتبارا العدد الاقرار بعدد الشهود وهو
نظير الاختلاف في السرقه وسنبينها هناك ان شا الله تعالى قال ولا يقبل فيه شهادة النسا مع الرجال
لا تقبل شهادة النسا مع الرجال في حد الشرب لان فيها شبهة البدليه وتهمة الضلال والنسيان يشير الى ذلك
كله قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان الى قوله تعالى ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى وانما
قال شبهة البدليه دون حقيقة البدليه لان استشهاد النسا في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة
العجز عن استشهاد الرجال بخلاف ساير الابدال ولكن فيه صورة البدليه من حيث النظم والسكران الذي يحد هو
الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المراة هذا لفظ الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف قال
المصنف وهذا عند ابي حنيفه وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه اي يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه
مستقيما فليس بسكران لان السكران في العرف اليه اي والى قولهما مال اكثر المشايخ وعن ابن الوليد قال سالت
ابا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد فقال ان يستقرا قل يا ايها الكافرون فلا يقدر عليه فقلت له كيف عيبت هذه
قال هم
الصورة

يحرم دا ما ... النبيذ فهو التي من ماء الزبيب واذا طبخ ادنى طبخه يحل شربه ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد هم

قوله هم

لا علم ان البنج حرام هم

الاول هم

الصورة وربما اخطا فيه الصاحي قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكي ان امية بلغ النفوس
على استقرا هذه الصورة ولابي حنيفه ان الحدود توخذ في اسبابها باقصاها درءا للحدود ونهاية السكران يغلب
السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شي وشي وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو يعني انه اذا كان يميز بين
الاشياء عرف انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية في السكر وفي النقصان شبهة العدم
والحدود تندري بالشبهات والتداوي ايضا في السكر الذي يحرم عنده القدح المسكر ان المعتبر فيه هو اختلاط
الكلام لان اعتبار النهايه فيما يندري بالشبهات والحل والحرمه يوخذ بالاحتياط وهذا معنى قوله والمعتبر في
القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدح الذي يلزم الاهانة
واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع عنه تم الادنى في حد السكر كان ممتنعا من الاعلى فيه وهو ما قاله ابو
حنيفه وقوله وهذا اي ظهور الاثر في مشيته مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي ربما يتمزق
او يعرض له مشية فيري التمايل منه فلا يكون دليلا وقوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه يعني في الحدود التي
لصفة الله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقه لان الاقرار خبر يحتمل الكذب فاذا صدر من سكران ازداد
احتماله فيحتال لدرئه فانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة
عليه عرف ذلك باجماع الصحابه فانهم قالوا اذا سكر هذي واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون فهذا اجماع منهم
على وجوب حد القذف فاذا اوجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك ساير الحقوق كالقصاص وغيره ولو
ارتد السكران لا تبين منه امراته لا تبين ان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق بالسكر وروي ان عبد الرحمن بن عوف
صنع طعاما فدعى بعض الصحابه فاكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها فامهم في صلاة المغرب عبد الرحمن
او غيره وقرا سورة الكافرون بطرح اللام مع ان اعتقاده كفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القاري فعلم ان
السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر باب حد القذف القذف في اللغه الرمي وفي اصطلاح الفقها
نسبة من احصن الى الزنا صريحا او دلالة اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح الزنا كالتالي
من الشبهة الذي لو اقام القاذف عليه اربعة من الشهود او اقر به المقذوف لزمه حد الزنا وطالب المقذوف
بالحد وعجز القاذف عن اثبات ما قذفه به حده القاذف ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الايه والمراد بقوله والذين يرمون الرمي بالزنا بالا
جماع واليه الاشاره في النص لانه شرط اربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا واعترض بان التقييد بصريح
الزنا غير معتبر لتحققه بدونه الى بان قال لست لابيك ولان القياس الا يجب المطالبه لان حق الله فيه غالب
والمغلوب في مقابلته كالمستهلك ولئن وجب فليست مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طالبه حد والجواب
انه اذا قذفه بصريح الزنا ووجد الشروط وجب الحد لا محالة فتلك قضيه صادقه واما انه اذا قذفه
بنفي النسب لا يجب فليس بلازم لان التقييد به لاخراج ما كان منه بطريق الكنايه مثل ان يقول يا زاني فقال او
صدقت لا لاخراج ما ذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط مطالبته احتيالا للدرء وابن
المقذوف انما يعذر على المطالبه لقيامه مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبه الا اذا كان المقذوف
ميتا ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه وقوله ويفرق يعني الضرب على اعضا القاذف على ما مر في حد
الزنا وهو قوله لان الجمع في عضو واحد يفضي الى التلف ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به لاحتمال ان
يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينه لانها على الوصف المشروط فيه
لا يكاد يحصل فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد فيه عن ثيابه لان سببه معاين بالبينه او بالاقرار
يتوقف اقامة الحد على معنى اخر وهو كذبه في النسبه الى الزنا وهو غير متيقن به وقوله غير انه ينزع عنه الحشو
استثنا من قوله ولا يجرد وقوله لان ذلك يعني الفرو والحشو كما في قوله عوان بين ذلك وقوله وان كان القاذف
عبدا الخ وقوله والاحصان بيان شروطه وقوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما قيل عليه لو كان كذلك لحد
من قذف المجنون زنا حال جنونه ولا يحد وان قذفه بعد الافاقه واجيب بان معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا
الذي يوثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما واما الوطي الذي هو غير مملوك فقد تحقق منهما وبالنظر الى
على ان كان القاذف صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف كمن قذف رجلا وطي بشبهة
او وطي جاريته المشتركه بينه وبين غيره وقوله والاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن
نعتبره الله تعالى اوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الايه والكافر
ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف ومن نفى نسب غيره وقال له
لست لابيك يحد اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف امه لان النسب والعقب انما ينتفي عن
امه هم

من باره

بلغ

الحاكم هم

وقطعها بعد ثبوت القذف بالبينة او بالاقرار هم

منهما اي الزنا هم

الزاني لا على غيره وتقريره ان فرض المسئلة فيما اذا كان ابوه وامه معروفين ونسبه من الام ثابت بيقين ونفاه عن
الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بامه وفي ذلك قذف لامه لا محاله قيل انما شرط ان يكون في حالة الغضب
في هذه المسئلة كالتي قبلها وقيل يجب ان لا يجب الحد وان كان قذفه في حالة الغضب لجواز ان ينفي النسب من بعد عاهم
ابيه من غير ان يكون الام زانية من كل وجه بان يكون موطوءة بشبهة وولدت في عدة الواطي واجيب بان ما ذكره
وجه القياس في هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال في المبسوط فكنا تركنا هذا القياس
بحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه ومن قال لغيره في غضب لا
ظاهر وطولب بالفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب او غيرها لست بابن فلان ولا ابن فلانة وهي امه التي تدعى
له حيث لا يكون قذفا مع ان القذف يراد بهذا اللفظ واجيب بان قوله ولا ابن فلانة نفي عن امه وانما ينفي
عنها بانتفاء الولاده فكان نفيا للولاده ونفي الولاده نفي للوطي ونفي الوطي نفي الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ذلك
لانه نفي عن الوالد وولادة الولد ثابته من امه فصار كانه قال انت ولد الزنا قوله ولو قال له يا ابن الزانية
ولو قال لرجل يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها
بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت فان الحد يسقط ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه القدح م
بقذفه وهو الوالد والولد يعني الوالد والجد وان علا والولد وولد الولد وان سفل نقل صاحب النهاية
عن الفقيه ابي الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله ونقل غير من الشارحين عن شرح الجامع
الصغير لان العار يلتحق به اي بكل واحد من الوالد والولد لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له
معنى ورد بان التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف حيا غائبا فانه ليس لاحد
ان ياخذ بحده اذ ذاك واجيب بان الاصل في الباب هو المقذوف لا محاله وغيره ممن بينه وبينه جزئية يقوم
مقامه وانما يقوم الشي مقام غيره اذا وقع الياس عن الاصل وانما يقع الياس بموته فلا يقوم غيره
مقامه قبل موته قوله وعندنا في ظاهر قوله لما ذكرنا يعني قوله لان العار يلتحق به قوله
كما يثبت لولد الابن يعني بالاتفاق خلافا لمحمد فانه روي عنه ان حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب
الي ابيه لا الي امه فلا يلحقه الشين بزني ابي امه وفي ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد
به كريم الطرفين ويثبت لولد الولد حال قيام الولد وقال زفر رحمه الله ليس لولد الولد حال قيام الولد ان
يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع الولد كالولد مع بقاء المقذوف
واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من
الشين بنسبته اليه وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد فانهما خاصم بتمام الخصومة
بخلاف المقذوف فان حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف عرضه وذلك لا يوجد في حق ولده وبخلاف مقصودا
الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب بقوله عليه السلام الانكاح الي العصبات فالحكم المرتب على العصوبة يتقدم
الاقرب على الابعد واذا كان المقذوف محصنا وهو ميت جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر
هو يقول القذف تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس بطريق الارث عندنا لان حد القذف لا يورث
فكان كما اذا كان نفسا ولا له صورة ومعنى بان قذفه قاذف ابتداء لا يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فصار ح
فكذا اذا تناوله معنى قيل قوله وليس بطريق الارث غير مفيد له في هذا المقام لانه لو كان بطريق الارث ايضا
لم يكن له ان يخاصم لان المانع عن الارث موجود وهو الكفر او الرق وقيل تحرير كلامه ان الحد انما يجب في هذه
الصورة على القاذف لقذفه ام المقذوف او لقذف نفس هذا الابن الكافر لا جائز ان يكون لاجل امه
لان الحد لا يورث ولا ان يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن وهو كما ترى ولنا انه عيره بقذف محصن وهو
كما ترى ولنا انه عيره بقذف محصن وهو ظاهر لان فرض المسئلة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز ان ياخذ
بحد لانه تعبير على الكمال فيقتضي زاجرا واشار المصنف الي هذا الكلام بقوله وهذا لان الاحصان
في الذي ينسب الي الزنا شرط ليقع تعبيرا على الكمال ثم يرجع هذا التعبير الكامل الي ولده مجاز له ان ياخذ
بالحد فان قيل جاز ان يكون المانع موجود افلا يترتب الحكم على المقتضي اجاب بقوله والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق
في اي استحقاق اهلية الخصومة لان استحقاقها باعتبار لحوق الشين وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك
لان النسبة لا تنقطع بالكفر والرق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعبير على الكمال لفقد
الاحصان في المنسوب الي الزنا قال وليس للعبد ان يطالب مولاه ليس للعبد ان يطالب مولاه بلغ
بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه او جده وان علا بقذف امه ولا امه وجدته وان علت
بقذف نفسه لان المولى لا يعاقب بسبب عبده قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده
فلما

في رجوع العار اليه ولو كان متناولا له صورة ومعنى م

فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلان لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه م
وهو القذف غير متيقن به لجواز ان يكون صادقا فيما نسبه اليه اولى قوله ولو كان لها ابن من غيره
واضح وقوله ويبطل ذلك تشهد الاحكام اي الاحكام التي تدل على انه حق العبد فهو انه يستوفي بالبينة
بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وكذلك لا يستوفي الا بخصومته وانما يستوفي بخصومته
ما هو حقه بخلاف السرقة فان خصومته هنا كانت للمال دون الحد حتى لو بطل الحد لمعنى الشبهة لا يبطل المال
ويقام هذا الحد على المستامن وانما يوجد المستامن بما هو من حقوق العباد ويقدم استيفاؤه على حد
الزنا وحد السرقة وشرب الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه باقراره حد الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف
وفقا عين رجل بدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العبد وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه
من الضرر بالتاخير لانه يخاف الفوت والله لا يفوته شي ثم اذا برى من ذلك يقام عليه حد القذف واما
الاحكام التي تشهد على انه حق الله تعالى فهي ان الاستيفاء الى الامام والامام انما يتعين نائبا في استيفاء
حق الله تعالى واما حق العبد فاستيفاؤه اليه ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط قوله
لان ما للعبد من الحق الخ قيل فيه نظر لانه يلزم ان لا يكون حق العبد غالبا اذا اجتمع الحقان اصلا
وهو خلاف الاصول والمعقول فان القصاص مما اجتمعا فيه وحق العبد غالب واعترض بان من
الاحكام ما ينافي الحقين جميعا وهو انه يسقط بموت المقذوف وشي من الحقين لا يسقط به واجيب
بانا لا نقول انه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه فان الشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق
فيه الخصومة بعد موته قوله ومن اصحابنا من قال يريد به صدر الاسلام ابا اليسر فانه ذكر في مبسوطه
والصحيح ان المغلب فيه حق العبد لما قال الشافعي رحمه الله لان اكثر الاحكام عليه والمعقول يشهد له لما ندام
ذكرنا ان العبد منتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص الا انه
فوض اقامته الي الامام لانه لا يهتدي كل احد الي اقامة الجلد وقوله وطرح الاحكام اي اجاب عن
الاحكام التي تدل على انه حق الله بجواب يوافق المذهب فقال في التقويم بعض ايه الامام ما ذكرنا ان كل
احد لا يهتدي الي اقامة الجلد وقال في عدم الارث ان عدمه لا يستوجب كونه حق الله تعالى كالشفعة
وخيار الشرط لان الارث يجري في الاعيان واجاب عن كون القصاص يورث بانه في معنى ملك العين شبهة م
لانه يملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فان الانسان لا يملك شراء الطعام الا للاتلاف
وهو للاصل فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث فهو حق استيفاء
القصاص قوله والاول وهو ان الغالب فيه حق الله اظهر قال في النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله
فيه ولان عامة اصحابنا عليه فكان الاخذ بقول عامة اصحابنا اظهر قوله ومن اقر بالقذف من الاحكام التي
يشهد بكونه حق العبد قوله ومن قال لعربي يا نبطي ظاهر والنبط جيل من الناس بسواد العراق وسيل
ابن عباس رضي الله عنه عن رجل قال لقرشي يا نبطي فقال لا حد عليه قوله لما قلنا يعني قوله لانه يراد به
التشبيه الخ وقوله لان ماء السماء لقب اي بهذا اللفظ فهو لقب ابي المنذر والمنذر هو عمرو بن عامر فلقب
بالمنذر لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما ويكره ان يعود فيهما ويانف ان يلبسهما غيره وابوه ابن عامر يانف ان م
جارية للازدي كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا قوله واسماعيل
كان عمه اي ليعقوب فان اسماعيل واسحق ابنا ابراهيم ويعقوب بن اسحق وكان اسماعيل عمه وادخلوه بلغ
تحت الاباء قد لك ان العم يسمى ابا قال ومن قال لغيره زنات في الجبل من قال لغيره زنات في
الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة عنيت م
واستشهد المصنف لذلك فقال يقول العرب وارق الي الخيرات زنا في الجبل وقال وذكر الجبل يقرره اي
يقرر الصعود مرادا بالكيد لكون المهموز للصعود حقيقة قوله ولهما انه يستعمل الخ واضح وقيل كلامه
يشير الي ان المهموز مشترك بين الصعود والفاحشة وحالة الغضب والسباب تعين احد المحتملين عندهما
وعند محمد انه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وح يترجح قوله لان اللفظ اذا دار بين كونه مشتركا
وحقيقة ومجازا فالثاني يترجح على الاول لعدم اخلاله بالفهم ولان الباب باب الحد فيحتال للدرء قوله
لما قلنا اشاره الي قوله اذا كان مقرونا بكلمة على وقوله للمعنى الذي ذكرنا اشاره الي قوله وحالة
الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا ومن قال لآخر يا زاني وما ثم خبر اصلا والجواب ان المراد بالخبر الخبر الذي
يستقيم الكلام لان الخبر اخص فيجوز ان يستعار للاعم ومن قال لامراته يا زانية فقالت لا بل انت
على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله لان المحدود في القذف قوله ولا ابطال في عكسه اصلا يعني لو قدمنا

ليس باهل اللعان دليل ان اهل اللعان يعتمد اهلية الشهادة واقامة حد القذف يبطل شهادة المحدود في القذف م

اللعان لا يبطل حد القذف عن المراة لان احصان الرجل لا يبطل بجريان اللعان بينهما غايه ما في الباب
ان اللعان في حق الرجل قايم مقام حد القذف لكن لا يخرج به عن ان يكون عفيفا عن فعل الزنا فيجب حد القذف
على المراة احتيالا للدرء اللعان الذي هو بمعنى الحد وقوله ولو قال زنيت بك بمعنى في جواب قوله لها يا زانيه
وقوله وانعدامه اي انعدام التصديق من الزوج وقوله ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد
النكاح اعترض عليه بان الوطي بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محلا واجيب بان الزنا يطلق على ذلك
بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى بل يداه مبسوطتان حملتها على ذلك التركيب فرط غيظها باطلاق تلك
الكلمه وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المراة ففي حال
لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان فوقع الشك وجاء ما قلنا انه
لا حد ولا لعان وقوله لانه اي اللعان حد ضروري يصير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف لقوله تعالى
والذين يرمون المحصنات الايه فاذا ابطل التكاذب باكذاب الرجل نفسه يصار الى الاصل والولد ولده
في الوجهين اي في الوجه الذي اقر ثم نفى وعكسه وقوله لاقراره به سابقا اولا حقا اي لاقرار الزوج بالولد
سابقا على النفي فيما اذا اقر ثم نفى اولاحقا فيما اذا نفاه ثم اقر به وقوله واللعان يصح بدون قطع النسب جواب
عما يقال ان سبب اللعان هو نفي الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجري بينهما اللعان لان بطلان المتضمن يقتضي بطلان المتضمن
ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد منهما اي من نسبته الى الزنا ومن نفي الولد منفصلا
عن الاخر فصار كانه نسبها الى الزنا من غير نفي الولد بان قال يا زانيه وفيه اللعان فكذا هذا الا ترى انه
اذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال يا زانية فانه يلاعن مع ان سبب اللعان
نفي الولد ولم ينتف الولد لانه صار بمنزلة قوله انت زانيه وفي قوله وان قال ليس بابني فانه يلاعن مع ان السبب ليس م
ولا بابنك ظاهر وقوله او قذف الملاعنة بولد بفتح العين هكذا اغلله صاحب النهاية بخط شيخه ويجوز ان يكون
بكسر العين ومعناه التي لاعنت بولد كذا في الكافي وقوله بولد متصل بالملاعنة وقوله فات العفة نظرا
اليها اي الى امارة الزنا وهو اي العفة ذكره نظرا الى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف
على القاذف فهي فايته فلا يجب الحد وقوله ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد فان قيل اللعان قايم مقام
حد الزنا في حقها فقد وجد امارة الزنا منها فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا قلنا بلى لكنه قايم الفروج م
مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المراة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي العفة
سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية وجدت بخط شيخي رحمه الله في جواب هذه الشبهه
قلنا نعم ان اللعان في جانبها قايم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي محصنة
بالنسبة الى الزوج فيجب الحد على قاذفها قال ومن وطي وطيا حراما في غير ملكه اعلم ان الوطي الحرام غيره م
في القسمة الاوليه على نوعين احدهما حرام لعينه والاخر لغيره والاول ما تكون الحرمة شاملة لحصوله في غير الملك
من كل وجه كوطي الاجنبيه او من وجه كوطي الجاريه المشتركة بينه وبين غيره وحصوله في امراة هي حرام على الواطي
حرمة مؤبدة كوطي امته وهي اخته من الرضاع وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني كوطي امته المجوسيه ووطي
امته الاختين والقاذف في النوع الاول بوجهيه لا يحد حد القذف لفوات العفة وهو شرط الاحصان
ولان القاذف صادق لان الزنا هو الوطي الحرام لعينه وابو حنيفه رحمه الله شرط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة
بالاجماع كموطوءة الاب بعد ملك النكاح او ملك اليمين اذا اشتراها ابنه فوطيها لا يحد قاذفه او بالحديث المشهور كحرمة
وطي المنكوحة بلا شهود فانها ثابتة بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وهو مشهور وفي النوع الثاني
يحد لان الحرمة فيه بعارض على وجه الزوال الا ترى ان المجوسيه اذا اسلمت او اخرج احدى الاختين عن ملكه
حل له الوطي فلم يكن زنا فيحد قاذفه وبقية كلامه ظاهر وقوله وهذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه
يقول بوطيها لا يسقط احصانه لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو مبيح لا يسقط احصانه كوطي امراته
الحايض او المجوسيه او التي ظاهر منها او المحرمه او امته التي زوجها او هي في عدة من غيره لان ملك الحل قايم
ببقاء سببه ووجه ظاهر الروايه ان بين الحل والحرمة في المحل تنافيا فمن ضرورة ثبوت احدهما ينتفي الاخر والحرمة
المؤبدة ثابتة فينتفي الحل وقوله لان ملك الحل قايم ببقاء سببه قلنا السبب لا يوجب الحكم الا في محل
قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله في معنى الزنا وقوله والمكاتبة اختلاف الصحابه
يعني انه مات حرا او عبدا على ما مر في كتاب المكاتب ان شاء الله تعالى وقوله وقد مر في النكاح اي في باب نكاح
اهل الشرك وقوله فقذف مسلم حد في ظاهر الروايه وقول ابي حنيفه رحمه الله اولا لا يحد لان المغلب فيه علي م
حق الله على ما ذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا وجه ظاهر الروايه ما ذكره في الكتاب وهو الاصح وقوله لان هذه شهادة
ان

ان استفادها بعد الاسلام فلم يدخل تحت الرد ورد بانه ان استفاد اهلية الشهادة على المسلمين فاما على اهل
الذمة فقد كانت الاهلية موجودة وقد صارت مجروحة باقامة الحد عليه اجيب بانه ليس كذلك بل استفاد
بالاسلام اهلية الشهادة على اهل الذمة تبعا لاهلية الشهادة على المسلمين وهذه غير ما كانت حين اقيم عليه الحد
فان تلك كانت بطريق الاصالة على اهل الذمة وهذه بطريق التبعية للمسلمين فان اهلية الشهادة على الاشرف
تقتضي اهليتها على الاخس ولقايل ان يقول سلمنا وجود المقتضي لكن المانع وهو الرد اولا موجود وقوله بخلاف خس م
العبد جواب عما يقال اذا قذف فضرب الحد ثم اعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر اذا اسلم العبد م
وكلامه ظاهر واعترض بان المعقول انعكاس حكمهما لانه لما كان للكافر شهادة في جنسه يجب ان ترد بحد القذف
تتميما لحد القاذف ثم يدوم ذلك الرد الى ما بعد الاسلام ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء اصلا لم ينعقد الحد
حال وجوده موجبا لرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك والجواب ان الشهادة التي كانت
في جنسه مردوده بحد القذف قبل الاسلام وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم المستفادة بالاسلام
فلم ترد ولم تقل ان العبد ان غير الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في اجابه الى حين ايجاب الموجب وهو
الرد وقوله وان ضرب سوطا في قذف ظاهر واعترض بان المقام بعد الاسلام ان كان بعض الحد فالمقام
قبل الاسلام كذلك فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما يكون بعد الاسلام فكذلك لا يصلح ان يكون صفة
لما اقيم قبل الاسلام بل جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لان العلة اذا كانت ذات وصفين
فالاعتبار للوصف الاخير على ما عرف في موضعه والجواب انا لم نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الاسلام ولا
للمقام بعده وانما قلنا ان الرد صفة للحد والحد تام ولم يوجد فلم تترتب النتيجة وقيل في الجواب النص
ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل واحد منهما غير مترتب على الاخر نصا فيتعلق كل واحد منهما
بما يمكن والممكن زمان التمهي رد شهادة قابله للحال فيتقيد به وعن ابي يوسف انه ترد شهادته وان الاقل تابع للا
كثر فكان الكل بعد الاسلام وهو رواية عن ابي حنيفة ايضا والاول اصح لما ذكرنا ان النص ورد بالامر
بالحد والنهي عن قبول الشهادة الخ وقوله ومن قذف او زنى الخ ظاهر ذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة
واحدة بان قال ايها الزناة او كلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو انت زان ويا خالد انت
زان لا يقام الا حد واحد عندنا وعند الشافعي رحمه الله ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان
قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف
السبب وعندنا المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كساير الحدود و

فصل في التعزير

لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب او السنه المشهورة ذكر
في هذا الفصل الزاجر الذي دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير وهو تاديب دون الحد واصله
من العزر بمعنى الرد والردع والاصل في هذا ان من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير
قال في الفتاوى الظهيرية اعلم ان التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد
يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس ولم يذكر محمد التعزير
باخذ المال وقد قيل روي عن ابي يوسف رحمه الله ان التعزير من السلطان باخذ المال جايز وذكر الامام
التمرتاشي ان التعزير الذي يجب حقا لله تعالى يلي اقامته كل احد بعلة النيابة عن الله تعالى وقوله ومن قذف
عبدا او امة ظاهر وقوله في الجناية الاولى يعني ما اذا قذف عبدا او امة او ام ولد بالزنا لانه اي القذف
بالزنا من جنس ما يجب فيه الحد وقوله وفي الثانية يعني قوله يا فاسق الخ وقوله لانه ما الحق الشين به للتيقن
بنفيه قيل بل يلحق الشين بالقاذف لان كل احد يعلم انه ادمي وان القاذف كاذب وقوله صلى الله عليه
وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع واما ما يجري على
السنة الفقهاء من التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول والتقدير من بلغ التعزير حدا من غيره
حد وفيه سهوة تعرف بالتامل الصحيح واري ان يكون تقديره من بلغ الضرب حدا في غير حد فهو من المعتدين
فاذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف
فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وهذا احق لان من اعتبر حد الاحرار فقد بلغ حدا وهو حد
العبد والتنكير في الحديث ينافيه ووجه نقصان السوط الواحد في المذهبين جميعا هو ان البلوغ ليس
تمام الحد بقدر وليس بعده قدر معين كربع او ثلث او عشر فصار الى اقل ما يمكن التيقن به نظيره وقت
الصلاة فان الكل لما لم يمكن ان يكون سببا وليس بعده جزء معين صير الى اقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا
يتجزى وكلامه واضح وقوله فيقرب المس والقبلة من حد الزنا يعني فيكون فيه اكثر الجلدات وقوله والقذف

من غير الزنا يعني من حد القذف فيكون فيه اقل الجلدات قوله لانه يعني الحبس صلح تعزيرا قوله وقد ورد
الشرع به اي بالحبس وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا للتعزير قوله ولهذا لم يشرع
في التعزير بالتهمة لا يصح ان الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير اي لم يشرع الحبس بسبب التهمة
في الشيء الذي يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بان يشهد شاهدان مستوران على انه قذف محصنا فقال
يا فاسق يا كافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لان في باب الحد شيئا آخر فوق
الحبس وهو اقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز ان يحبس في تهمة ليناسب اقامة العقوبة الادنى وفي باب
الاموال وفي التعزير لا يحبس بالتهمة لان الاقصى فيها عقوبة الحبس فلو حبسنا بالتهمة فيها لكان اقامة العقوبة
الاعلى باقامة الذنب الادنى وهو مما يأباه الشرع ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم ان الحبس
من التعزير اذا لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس بتهمة موجب الزنا فلما كان الحبس
من التعزير بهذا الدليل جاز للامام ان يضمه الى الضرب ان رأى ذلك كان الرأي في تقدير التعزير ثابت
فكذلك في ضم الحبس الى الضرب قوله واشد الضرب التعزير قاله الحاكم في الكافي وضرب التعزير اشد
من ضرب الزاني وضرب الزاني اشد من ضرب الشارب وضرب الشارب اشد من ضرب القاذف وضرب
القاذف اخف من جميع ذلك وانما كان ضرب التعزير اشد لانه ناقص المقدار وهو تخفيف فلا
تخفيف ثانيا في وصفه لئلا يؤدي الى تفويت المقصود وهو الزجر واختلف المشايخ في شدته فقال
في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو بجمع الاسواط في عضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بخلاف
باقي الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع ويدل على ذلك ما روى ابو عبيدة وغيره ان رجلا
اقيم على ام سلمة رضي الله عنها فضربه عمر رضي الله عنه ثلاثين سوطا كلها ببضع وتجدر اي تشق وتورم ومعلوم
ان عمر رضي الله عنه ضربه بطريق التعزير ولعل المصنف اختاره ليشير اليه قوله ولهذا لم يخفف من
حيث التفريق على الاعضاء فلو كان الشدة عنده عبارة عن عدم التفريق لزم توضيح الشيء بنفسه
قوله ثم حد الزنا لثبوته بالكتاب قوله ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر ذكر مسئلتين احدهما مبنية
على الامر وهو لا يقتضي السلامة في اتيان المأمور به والاخرى على الاطلاق وهو يقيدها والفرق بينهما
ان الامر لطلب المأمور به وهو من الاثبات وهي لا تقبل التعليق بالشرط لانه يشبه القمار ولانه لما
وجب على المأمور ذلك الفعل بالامر فاتيان المأمور به في وسعه غير مراقب السلامة لانه غدا لا يتحقق بوصف
السلامة فيبقى المأمور في حرج الوجوب واما الاطلاق فاسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق
فيتقيد بوصف السلامة لانه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رحمه الله
في التعزير تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية
في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى
بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله اعلم

كتاب السرقة

لما فرغ من ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة الاموال لان صيانة النفس اقدم
من صيانة الاموال قوله السرقة في اللغة عبارة عما ذكر في الكتاب وقوله تعالى الا من استرق السمع معناه
على وجه الخفية قوله وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة بان يقال السرقة اخذ مال الغير على سبيل الخفية
نصابا محرزا للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل ولا شبهة والمعنى اللغوي اخذ الشيء من الغير
على سبيل الخفية والاستسرار مراعى فيها قال صاحب النهاية اعلم ان ما نقله الشرع الينا على ثلاثة
اقسام احدها ما هو المقرر على ما انبانا اللغة من غير تغيير لقوله تعالى وجاء اخوة يوسف ولما جهزهم بجهازهم
والثاني ما هو المعدول عما انبانا به اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة والصوم فان الصلاة شرعا عبارة
عن الاركان المعهودة وليس لها ذلك لغوي وكذلك في غيرها والثالث ما انبانا به مقررا مع زيادة شيء فيه شرعا
كالسرقة على ما ذكرنا وفيه نظر لان الصلاة في اللغة الدعاء وهي متقررة في الشرع مع زيادة اوصاف وكذلك
الصوم هو الامساك والزكاة هو النماء والحج هو القصد المعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة اوصاف
ويمكن ان يجاب عنه بانه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحققين قوله كما اذا انقب الجدار على الاستسرار
نظير ما يكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتداء وترك نظير الاول لظهوره وكان القياس ان لا يقطع فيما
اذا انقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة اي مقابلة بصلح لان ركن السرقة الاخذ على
سبيل الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم توجد في وقت الاخذ لان الاخذ
حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا يوجب القطع لانهم لو اعتبروا الخفية وقت الاخذ لامتنع القطع

بمقابلة

للامام

ولان الفعل المطلق في اختيار فاعله لانه حق الفاعل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فينبغي ان يتقيد بوصف السلامة

بلغ

وهو

اللغوي

المقصود

بوجوبه

في

في اكثر السرقات لان اكثرها في الليالي يصير مغالبة في الانتهاء لانه وقت لا يلحق الغوث قوله ومن يقوم مقامه
يعني المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن قال اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم
اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه على ما سيظهر لك معناه
وجب القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها
علة له كما عرف والاية كما ترى عام لكنه لم يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب الشرع وهو تكليف ولا تكليف
الا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء واما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب
وهو قول فقهاء الامصار واما اصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري
استدلالا بظاهر الاية فانه ليس فيها ما يدل على النصاب اصلا بخلاف كونه مالا محرزا فان لفظ السرقة تدل
على ذلك لان من اخذ المباح سمي مصطادا او محتطبا لا سارقا وكذلك ما ليس بمحرز فاخذه لا يسمى سرقة لانعدام
مسارقة عين الحافظ وقلنا معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لانه مشتق من السرقة وهي القطعة من الجيد
فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي والتقدير بعشرة دراهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع
الا في دينار او عشرة دراهم رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود رضي الله عنه قوله واسم الدراهم
ينطلق على المضروبة عرفا بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة واستدلال عليه بلفظ الدراهم المذكور في الحديث
والمراد بالكتاب القدوري قوله وهو الاصح احترازا عما روى الحسن عن ابي حنيفة ما يدل على ان المضروبة
وغيرها سواء وكلامه ظاهر فان قلت روت عائشة رضي الله عنها ان يد السارق لم تقطع في عهد النبي صلى الله
عليه وسلم الا في ثمن مجن حجفة او ترس وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته ثلاث دراهم وقد اخذ به مالك وروت عمرة عن عائشة رضي الله عنها
موقوفا ومرفوعا الى النبي عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبه
اخذ الشافعي فما وجه دفع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلثة
دراهم كانت ربع دينار ويعارضها ما روي في السنن وشرح الآثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى
اطلاق قوله عليه السلام لا قطع الا في دينار الحديث والى المعقول وهو ان العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبهما
مع اشتماله على الاحتيال للدرء فوجب العمل به قال والعبد والحر في القطع سواء قدم ذكر العبد على الحر لكونه
[illegible] لان عدم التساوي انما يتوهم من جهته وكلامه واضح وبيان قوله ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة واحدة
كالقصاص وحد القذف وغيرهما وكلما ظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفى به فلا حاجة الى
الزيادة واذا تلمحت هذا البيان وجدت الاعتراض بان الزنا ايضا يظهر بالاقرار مرة ساقطا وقوله
ولا اعتبار بالشهادة جواب عن قياس احدى الحجتين بالاخرى ببيان الفارق وهو ما ذكر ان الزيادة تفيد
فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة فيه قوله وباب الرجوع جواب عما يقال انما يشترط التكرار
لقطع احتمال الرجوع كما في الزنا ووجه ذلك انه لو اقر الف مرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لانه لا مكذب له
فيه بخلاف الرجوع في حق المال فان له فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح فظهر بهذا ان لا فائدة في تكرار الاقرار
لا في حق القطع ولا في حق اسقاط ضمان المال بالاقرار قوله واشتراط الزيادة في الزنا جواب عن قوله
وكذلك اعتبرناه في الزنا وينبغي ان يسأل الامام عن كيفية السرقة فيقول له كيف سرقت لجواز ان نقب البيت
وادخل يده واخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ماهيتها لجواز ان يكون المأخوذ
شيئا تافها ولا قطع فيه وهذا مشكل لان ماهية السرقة على ما قدمنا لا يدركها الا احاد الفقهاء فيحتاج الى حضور
الفقهاء شرطا لظهورها وفي ذلك سد باب القطع وعن زمانها فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن القطع
لوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسأل عن الزمان فان قيل ان الشاهد
في تاخير الشهادة غير متهم لانه لا تقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي ان لا يسأل فيما اذا ثبت بالبينة كما
لا يسأل فيما يثبت بالاقرار قلت ان الجواب تقدم في باب الشهادة على الزنا وعن مكانها لجواز انه سرق من
غير الحرز او في دار الحرب وقال في المحيط ويسأل عن المسروق منه ايضا لجواز ان يكون المسروق منه ذا
رحم محرم منه او احد الزوجين ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه حاضر يخاصم فيشهدون بالسرقة منه فلا
حاجة الى السؤال عن ذلك قوله وحبسه اي المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة فيحبس لما روينا ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة قوله وكذا اذا اشترك جماعة ظاهر واستشكل بانه اذا قتل جماعة واحدا
فانه يقتل كلهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال واجيب بان القصاص يتعلق باخراج الروح

ترس

القطع

السرقة ظهرت بالاقرار مرة واحدة لانها تظهر بشهادة شاهدين وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة صح

انه

بلغ

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

وهو لا يتجزى فيضاف الى كل واحد منهما كملا والله اعلم لما فرغ
من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقا يوجب القطع ومسروقا لا يوجبه
وان وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان الواجب ان يذكر قوله واذا اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب
لانه ان اصاب كل واحد منهم نصابا كان مما يقطع فيه وان اصابه اقل كان مما لا يقطع فيه لان هذا الباب لبيان
ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجوب النصاب قوله لا قطع فيما يوجد تافها ظاهر والمغرة بالتحريك الثلاث
الطين الاحمر وتسكين الغين فيه لغة وقوله وما يوجد جنسه مبتدأ وقوله حقير خبره وقوله بصورته احتراز عن
الابواب والاواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان في سرقتها القطع وان كان اصلها من الخشب
واصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله غير مرغوب فيه نصب على
الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فانها توجد مباحا في دار الاسلام ولكنها مرغوب
فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهي ان تكون مختلطة
بالحجر والتراب لا يقطع ووجه الظاهر انها ليست بتافهة فان كل من يتمكن من اخذها لا يتركه عادة وقوله تقل
الرغبات فيه جملة استئنافية وقوله والطباع لا تضن به اي لا تبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء الكسر ايضا
وقوله فقل ما يوجد اخذه على غفلة من المالك اي قليل وجود لحوق الملامة بالمالك عند اخذ هذه الاشيا
لانه بلا رضى بالاخذ توقيا عن لحوق شبهة خساسة الهمة وتفاديا عن نسبته الى دناءة الطبيعة فلا حاجة
الى شرع الزواجر وقوله والطير يطير والصيد يفر يعني لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا انزجار في مثله
وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الابواب وقوله وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اي فيما يوجد
جنسه وهو على تلك اي على الصفة التي كان عليها وهي مشتركة يحترز به عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب
كما ذكرنا توجد الشبهة اي شبهة الاباحة بعد احرازه والحديث يدري باول التعبير اي شركة العامة اشارة
الى قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاثة الكلا والماء والنار وقوله لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير
والصيد يفر والسمك المالح هو المقدد الذي فيه الملح وقوله والحجة عليهما ما ذكرناه يعني حديث عائشة
رضي الله عنها وما ذكر بعده والجمار شحم النخل وهو شيء ابيض يقطع من رؤس النخل ويؤكل والودي صغار
النخل وقوله كالمهيا للاكل يعني مثل الخبز واللحم وانما قيد به لانه يقطع في الحنطة والسكر بالاجماع اذا لم يكن
العام عام مجاعة وقحط اما اذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد اولا وقوله كاللحم والثمر اللحم
راجع الى قوله كالمهيا للاكل منه والثمر راجع الى قوله وما في معناه فكان كلامه لفا ونشرا وقال الشافعي
رحمه الله يقطع فيها اي فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام والجرين المربد وهو الموضع الذي
يلقى فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يدخر فيه التمر والجران مقدم عنق البعير من مذبحه الى منحره والجمع
جرن فجاز ان يسمى الجراب المتخذ منه احد الطرفين ويجوز ان يكون التكرار من الراوي فلما آواه الجرين اي في العادة
فانه في عادتهم لا يؤوي الا اليابس من الثمر وفيه القطع في الرواية المشهورة قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر
والزرع لا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع لا قطع في الفاكهة على الشجر وكان هذا معلوما من قوله والفاكهة
الرطبة لكن اعاده لتمهيد القول والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز فيهما ولا قطع في الاشربة المطربة اي
المسكرة قال في الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن او سرور وفسر السكر في اصول الفقه
بانه غلبة سرور في العقل فلا تتناول معنى السرور فكذلك استعير الاطراب للاسكار وقال الامام التمرتاشي
لا قطع في الاشربة المطربة المسكرة وفيه دون مصححة تفسير المطربة بالمسكرة وقوله لان بعضها ليس بمال اي
بمال متقوم كالخمر وفي مالية بعضها اختلاف يعني كالمنصف والباذق وماء الذرة والشعير لانها عند ابي حنيفة
متقومة خلافا لهما وانما قيد الاشربة بكونها مطربة لما انه ذكر في الايضاح ويقطع في الخل لانه لا يتسارع
اليه الفساد كذا في النهاية ونقل الناطفي عن كتاب المجرد عن ابي حنيفة رحمهما الله انه قال لا قطع في الخل لانه
قد صار خمرا مرة ولا في الطنبور لانه من المعازف والمعازف آلات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواية
عن العرب وقوله ولا في سرقة المصحف ظاهر والصليب شيء مثلث كالتمثال تعبده النصارى والشطرنج
بكسر الشين والنرد معروفان ولا قطع فيها وان كانت من ذهب او فضة وقوله وان كان الصليب في
المصلى اي في موضع صلاة النصارى فهو متعبدهم وقوله وما عليه من الحلي تابع لانه لا يجوز ان يكون مقصودا
حتى الاخذ هو الحلي فلا يكون تابعا لانه لو كان ذلك مقصودا لاخذ الحلي وترك الصبي وقوله لانه يوجب
القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره معناه سرقا ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع لا يسقطه
كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مضروبة وقوله وعلى هذا اذا سرق انا فضة ظاهر
والدفاتر

والدفاتر جمع دفتر وهي الكراريس ولا قطع فيها سواء كانت للتفسير او الحديث او الفقه لان المقصود منها ما فيها
وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ
قيمته نصابا يقطع وفي عموم كلامه يشير بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع لكونها محتاجا اليها
لمعرفة اللغة ومعاني القرآن والحديث وان قلت كتب لا يوجب الشبهة ومن الناس من الحقها بدفاتر الحساب
لكونها غير محتاج اليها في معرفة احكام الشرع ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد وهو ظاهر ولا في دف ولا
طبل والدف بضم الدال وفتحها الذي يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو واما
طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ واختيار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزو
يصلح لغيره فتتمكن فيه الشبهة وقوله لان عندهما لا قيمة لها حتى لا يضمن متلفها وعند ابي حنيفة وان كان
يجب الضمان على المتلف فهي متقومة لكن اخذها يتاول الكسر فيها وكان ذلك شبهة والساج خشب يجلب
من الهند والقنا بالكسر جمع قناة وهي خشبة الرمح والابنوس بمد الباء وفتح الباء وقوله ولا يوجد بصورتها
مباحة في دار الاسلام انما قيده بدار الاسلام لان الاموال كلها باقية على الاباحة في دار الحرب وقوله
واذا اتخذ من الخشب اواني فرق بين العمل المتصل بالخشب بغلبة الصنعة على الاصل ففي الاصل تغلب الصنعة على
الجنس فيخرجه عن الجنس المباح بازدياد يحصل في قيمته ويخرجه بحيث انهم يدخلونه في الحرز واما في الحشيش فليس
كذلك ولهذا لا يحرزونه في غير الحرز حتى لو غلب الصنعة على الاصل كالحصر البغدادية يجب القطع وقوله وانما
يجب القطع اي في الابواب في غير المركب بالجدار اما اذا كانت مركبة في الجدار فقلعها فاخذها فانه لا يقطع
لان القطع انما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به وما في البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا يكون
محرزة فمثل هذا في الباب البراني واما في الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لانه محرز بالبراني وقوله
وانما يجب اذا كان خفيفا ظاهر وقوله ولا قطع على خائن الخيانة هو ان يخون المودع ما في يده من الشيء
المأمون والانتهاب ان يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدته او قريته والاختلاس ان يأخذ من البيت
بسرعة جهرا والوجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح قال ولا قطع على النباش اختلف الصحابة
رضي الله عنهم في قطع النباش فقال عمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير يوجب القطع على النباش
وقال ابن عباس رضي الله عنه لا قطع عليه وقد اتفق على ذلك من الصحابة من كان في عهد مروان على ما روي
ان نباشا اتي به مروان فسال الصحابة عن ذلك فلم يبينوا فيه شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه وبه اخذ
ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله (وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله) لقوله صلى الله عليه وسلم ومن نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله
فيقطع فيه اما انه مال متقوم فلا شبهة فيه فان الناس الثوب الميت لا يخرجه عن التقوم واما انه محرز
فانه ليس لتضييع الاثر ان الاب والوصي اذا كفنا الصبي من مال الصبي لا يضمنان وما لا يكون محرزا يكون
مضيعا وفيه الضمان واما قوله بحرز مثله بحرف الجر فلما بينه الطحاوي حرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى انه
اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم يقطع واذا سرق شاة من الحظيرة
يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لا يقطع لان الشاة لا تحرز بحصن منها اذا كانت بحيث تمنع خروج
الشاة دون دخول الادمي واخراج سائر الاموال وقوله ولهما اي لابي حنيفة ومحمد وكلامه ظاهر ولا يحتاج
الى شرح وقوله وان كان القبر في بيت مقفل بكون القاف من اقفل الباب وقوله هو على الخلاف
في الصحيح بيانه ما قال في المبسوط واختلف المشايخ فيما اذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال والاصح
عندي انه لا يجب القطع سواء كان نبش الكفن او سرق مالا اخر من ذلك البيت لان موضع القبر فيه
اختل صفة الحرز في ذلك البيت فان لكل احد من الناس تاويلا بالدخول فيه لزيارة القبر وكذلك
اختلفوا فيما اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت فمنهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس
الائمة والاصح عندي انه لا يجب القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررناه
وقوله لما بيناه اشارة الى قوله عليه السلام لا قطع على المختفي والمختفي هو النباش وقوله لانه لا ملك للميت
حقيقة وقوله ولا يقطع السارق من بيت المال ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى ما تقدم من قوله لانه مال العامة
وهو منهم فانه يفهم من ذلك ان للسارق فيه حقا وقوله لما قلنا اشارة الى ما قلنا وقوله الحال والمؤجل فيه اي في عدم
القطع سواء اما اذا كان حالا فظاهر واما اذا كان مؤجلا فلان التاجيل ليس الا لتاخير المطالبة واما نفس
وجوب الدين فثابت قبل المطالبة ايضا والقياس ان يقطع فانه سرق مالا يباح له الاخذ كما لو سرق من
خلاف جنسه ووجه الاستحسان ان الاخذ وان لم يكن مستحقا لمكان الاجل كان له شبهة الاخذ وهي كافية
للدرء وقوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه ظاهر وقوله لان له ان ياخذه عند بعض العلماء يريد به ابن ابي ليلى

بلغ

فانه يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له ان ياخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول له ان ياخذه رهنا بحقه واختلاف العلماء يورث الشبهة قلنا هذا القول لا يستند الى دليل ظاهر اذ القياس ان لا ياخذ جنس حقه في الدين الحال لان حقه في الوصف في الحقيقة وهذا عين لكن تركنا فيه لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس لتحقق التفاوت فلا يترك القياس ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى حتى لو ادعى ذلك اي انه اخذه قضا لحقه او رهنا يدرأ الحد عنه لان فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك التاويل عندنا قوله ولو كان حقه دراهم ظاهر قوله لان الثانية متكاملة كالاولى وجه التشبيه هو ان المتاع معدود على المسروق فيكون في يد السارق كعين اخرى في حكم الضمان حتى لو غصبه او اتلفه كان ضامنا فكذلك في حكم القطع لانه مال معصوم كامل المقدار اخذ من حرز لا شبهة فيه وبهذه الاوصاف لزمه القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية واما لو نقله اقبح فظاهر لتقدم الزاجر قوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد اشارة الى قوله بعد او راق ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه الخ وسقوط عصمة المحل توجب انتفا المحل فان قيل العصمة وان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك اجاب بقوله وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقي شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه قوله نظرا الى اتحاد الملك نظرا الى احتراز عما لو تبدل الملك في ذلك وهو جواب عن قوله كما اذا باعه المالك من السارق الخ قوله والمحل احترازا عما اذا تبدل المحل كما في صورة الغزل وهو قوله فيما يجي بقوله فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا الخ قوله وقيام الموجب اي موجب سقوط العصمة وهو احترازا عما كان قبل القطع قوله بخلاف ما ذكر يعني ابا يوسف من صورة البيع لان الملك قد اختلف باختلاف سببه واصله حديث بريرة رضي الله عنها وهو معروف قوله ولان تكرار الجناية معطوف على قوله ولنا ان القطع هو دليل وتقديره تكرار الجناية منه بالعود الى السرقة ما قطع فيه نادر جدا لتحمله مشقة الزاجر والنادر تعرى عن مقصود الاقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج اليها وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول بالزنا الاول فانه لا يحد نظرا الى عرائه عن مقصود الاقامة فان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا في كون الحد في كل واحد منهما خالص حق الله ثم حد الزنا تتكرر بتكرر الفعل في محل واحد حتى ان من زنى بامراة فحد ثم زنى بتلك المراة مرة اخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد خصوصا على اصل الخصم وخصومة المقذوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى اجيب بان حد القذف نظير مسئلتنا من حيث ان هذا حد لا يستوفي الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من شخص في محل واحد كحد القذف والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا ان الحد في الزنا انما هو باعتبار المستوفى والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى في المرة الاولى لان الاول تلاشى واضمحل والمسروق في المتنازع فيه هو بعينه المسروق في المرة الاولى قوله فان تغيرت عن حالها هو القطع بالجر عطف على قوله من ايجاب لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف ثم العلة في سقوط القطع عن قرابة الولادة هي ان البسوطة في المال وفي حق الدخول في الحرز وعن ذي الرحم المحرم احد وهو البسوطة في الدخول في الحرز ولهذا اباح الشرع النظر الى موضع الزينة الظاهرة والوجه والكف على ما يجي في كتاب الكراهية قوله ومن الثاني يعني في ذي الرحم المحرم خلاف الشافعي رحمه الله فانه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في النكاح في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع لعدم الحرز ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره قطع لوجود الحرز قوله وان سرق من امه من الرضاع ظاهر قوله والمحرمية بدونها اي بدون القرابة لا تحترم اي لا تجعل حرمة قوية عادة كما اذا ثبت بمعنى المحرمية بالزنا فانه اذا سرق من بيت بنت المراة التي زنى بها لا يعد شبهة في قطع اليد بل تقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة قوله واقرب من ذلك اي من الحرمة الثابتة بالزنا الاخت من الرضاعة يعني ان الام من الرضاع اشبه الى الاخت من الرضاع في اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاع موجبة للقطع فيجب ان يكون موجبة للقطع بالاجماع فيجب ان يكون من بيت امه من الرضاع كذلك ووجه الاقربية ان الحاق الرضاع اقرب من الحاقه بالزنا قوله وهذا اي القطع مع الدخول عليها من غير استيذان وحشمة لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب قوله واذا سرق احد الزوجين من الاخر ظاهر قوله ولا له معناه انها لما بذلت نفسها وهي النفس من المال فلان تبذل المال اولى وهو نظير الخلاف في الشهادة فان شهادة احد

الزوجين لا يقبل للاخر عندنا وعنده يقبل في احد قوليه بل هذا اولى لان هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلان يمنع القطع وهو ما يندري بالشبهات اولى قوله وهو ماثور عن علي درأ فعقلنا يريد به ما روي عن علي رضي الله عنه انه اتي برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا قال والحرز على نوعين الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز ان يقال هو ما يقصد به حفظ الاموال وهو على نوعين حرز بمعنى فيه وهو ان يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال كالدور والبيوت والصندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر وحرز بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المجلس او في المسجد وعنده متاعه فانه محرز به وكل واحد منهما معتبر على الانفراد وقد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد وهو ليس بحرز لانه لم يعد للاحراز وان سرق من البيت وان لم يكن له باب او له باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده ففيه الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ فلو سرق من بيت ماذون له بالدخول فيه لكن مالكه يحفظه لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان قوله هو الصحيح احترازا عما ذكر في العيون انه عند ابي حنيفة رحمه الله يقطع فيه ووجه الصحيح ان الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المكان المال ويكون المال مختفيا به قوله واما الحرز بالحافظ فانه وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفي به ثم الحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه الا باخراج المتاع منه لقيام يده قبله والحرز بالحافظ يجب القطع فيه اذا اخذ المال لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة وهذا ايضا تاكيد لكون الحرز بالمكان اقوى ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع عنده او تحته هو الصحيح لان النائم عند متاعه يعد حافظا لمتاعه قوله هو الصحيح احترازا عن قول بعض مشائخنا ان صاحب المتاع انما يكون محرزا للمتاع في حال نومه اذا جعل المتاع تحت راسه او تحت جنبه اما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا له في حال نومه اخذوا ذلك من قوله في الاصل المسافر يترك في الصحراء فيجمع متاعه وينام عليه فسرق منه رجل قطع قالوا قوله ينام عليه يشير الى انه انما يقطع اذا نام عليه ومال الى الاول شمس الائمة وقال المستعير والمودع لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قاله في الفتاوى يعني قال فيها انما يضمنان في هذه الصورة ولكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره شمس الائمة ثم قال وقال لو لا يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيها اذا نام قاعدا واما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر واما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا او مضطجعا كذا في النهاية قوله ولا قطع على من سرق من حمام يعني في الوقت الذي اذن للناس بالدخول فيه قوله يدخل في ذلك اي في قوله او من بيت اذن للناس في دخوله قوله الا اذا سرق منها ليلا استثناء من قوله ولا قطع وقوله ومن سرق من المسجد متاعا ظاهر قوله ومن سرق سرقة اي مالا ويسمى الشي المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد اذا كانت السرقة مصحفا قوله وان كانت فيها اي في الدار مقاصير اي حجرات وبيوت قوله وان اغار انسان اي دخل بسرعة قال في النهاية ناقلا عن المغرب ان اغار لفظ شمس الائمة الحلوائي والصميري واما لفظ محمد فهو وان اغار انسان من اهل المقاصير على متاع من بيت من مقصورة اخرى ولفظ شمس الائمة السرخسي كذلك وكانه هو الصحيح لان الاغارة من باب السرقة غير لائقة لان السرقة اخذ مال في خفا وحيلة فكذلك سمي السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة اخذ في المجاهرة مكابرة ومغالبة وقيل يجوز ان يكون بعض اهل المقاصير يدخل على بعض اخر بالليل جهرا او مكابرة ومختفيا عن اعين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة واذا صح المعنى جاز ان يكون لفظ الاغارة مرويا عن محمد رحمه الله وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله اغار اشارة الى هذا تبين الاشتراك في الجنايتين قوله لما بينا اشارة الى قوله لان كل مقصورة الخ قوله واذا انقب اللص البيت ظاهر قوله وهي بناء على مسئلة تاتي بعد هذه اشارة الى مسئلة نقب البيت قوله وان القاه في الطريق واضح وحاصله ان يده تثبت عليه بالاخذ ثم بالرمي الى الطريق لم يزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى على يده واذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالاخذ الثاني وجب القطع قوله ولم يعترض عليه يد معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك يد معتبرة اعترضت عليه فاوجبت سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم تسقط اليد الحكمية هنا لم يرد ما ذكره زفر انه خرج من الحرز ولا مال في يده قوله فاعتبر الكل اي القاؤه في الطريق ثم اخذه منه فعلا واحدا كما اذا اخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا قوله واذا خرج ولم ياخذه جواب عن قوله كما لو خرج ولم ياخذ قوله وكذا ان حمله على حمار ظاهر قوله واذا دخل الحرز جماعة كلامه واضح وانما وضع المسئلة في دخول جميعهم لانهم اذا اشتركوا او اتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت واخرج

المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا
يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل متعين والفرق بينهما انهم اذا لم يدخلوا البيت لم تتاكد معاونتهم اشتراكهم قالوا
هذا اذا كان الاخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغا فاما اذا كان الاخذ الحامل
صبيا او مجنونا فلا يقطع واحد منهم لان غير الحامل في هذا الفعل تبع للاخذ الحامل فاذا لم يجب الحد على من هو
اصل لا يجب على من هو تبع وان كان الذي ولي الحمل والاخراج كبيرا لكن فيهم صبي او مجنون فكذلك الجواب على قول
ابي حنيفة ومحمد لان الفعل من الكل واحد فقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقين وقال ابو يوسف
يجب القطع الا على الصبي والمجنون قوله ومن نقب البيت واخرج والغطريفي هو الدرهم المنسوب الى غطريف
بن عطا الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارى كذا في المغرب وقيل
وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال
ان ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخل قوله بخلاف الصندوق جواب عن قوله كما اذا ادخل
يده في صندوق الصيرفي فان قيل لو كان الكمال في هتك الحرز شرطا لكان اعتبار شبهة العدم لما وجب القطع فيما
تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون بعض لان فيه شبهة العدم اجيب بان ذلك هو المعتاد وان طر صرة
الطرار هو يبط الهميان اي يشقه ويقطعه والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة اي شددتها والمراد بالكم
هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم في هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على ان المذكور في اصول الفقه
بان الطرار يقطع ليس يجري على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية وهي ما اذا ادخل يده في الكم قطعها
قوله فلا يوجد هتك الحرز يعني ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه قوله في الوجهين اي من الخارج والداخل
وقوله ينعكس الجواب يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان
خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في اخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما اخرج الدراهم من الكم
فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم
خارج الكم ظاهرة محلولة فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز في اخذ المال لانه وان ادخل اليد
في الكم الا انه ادخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة قوله
لانه يعتمده اي لان صاحب الكم يعتمد حفظ المال لا قيام نفسه عند المال لان قصد صاحب الكم من وجوده عند
المال لا يخلو من احد امرين قطع المسافة او الاستراحة وذلك لانه اما ان يكون في حالة المشي او في غير حالته
ففي الاول قصده قطع المسافة لا حفظ المال وفي الثاني فقصده الاستراحة والمقصود هو المعتبر في هذا الباب
الا ترى ان من شق الجوالق الذي على ابل يسير واخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب الدراهم اعتمد الجوالق
حرزا له فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتك الحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على ابل
تسير لا يقطع لان السائق او القائد انما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم تصر الجوالق محرزا
به مقصودا على ما هو المذكور في الكتاب قوله وان سرق من القطار بعيرا القطار الابل على نسق واحد والجمع
قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاءوا ارسالا قوله وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار يريد قوله ولا فرق بين
ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح والله اعلم بالصواب فصل والحسم من حسم العرق
كواه لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانه الزند مفصل طرف الذراع في الكف
والحسم من حسم العرق كواه بحديدة محماة كيلا يسيل دمه فالقطع بما تلوناه يعني قوله تعالى والسارق والسارقة
واليمين بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة جازت الزيادة بها على الكتاب وقد
عرف في الاصول ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به من حيث القطع
والمقطوع لكونه اقل فقوله لانه من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس ان المستحق قطع الاصابع
فقط لان بطشه كان بالاصابع فتقطع اصابعه ليزول تمكنه من البطش بها لان قطعها مكررا وفيما قلنا قطع واحد
على انه مخالف للنص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج تقطع يد السارق
من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤوس الاصابع الى الاباط لان فيه تكثير المقطوع قوله كيف وقد صح ان النبي
صلى الله عليه وسلم امر بقطع السارق من الزند والحسم روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
اتي بسارق فقال يا رسول الله ان هذا سرق فقال عليه السلام ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله
قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه الحديث قوله ولانه لو لم يحسم قوله وخلد في السجن حتى يتوب حاصله
ان السارق لا يؤتى على اطرافه الاربعة بالقطع وانما يقطع يمينه اول السرقة ورجله اليسرى في ثانيها ثم يعزر بعد
ذلك ويحبس عندنا وعند الشافعي بعد الرابعة يحبس وعند اصحاب الظواهر في المرة الخامسة يقتل قوله ويروى

معتبرا

معتبرا كما هو مذهبه وهو في حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المرة الاولى تقطع يده
اليمنى وفي الثانية رجله اليسرى وفي الثالثة يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى قوله ولانه الثالثة هالك قوله
حجهم اي غلبهم في الحجة يقال حاجه فحجه اي ناظره بالحجة فغلبه بها قوله بخلاف القصاص جواب سؤال تقريره لو قطع
رجل اربعة اطراف اقتص منه بالاجماع وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود لانه لا يبقى له يدا يأكل بها ويستنجي
بها ورجل يمشي عليها وفيه تفويت جنس المنفعة بادر الوجود وتقرير الجواب ان القصاص حق العباد وحق
العبد يراعى فيه المماثلة والحديث الذي رواه ان في دليلا على دعواه هذه طعن فيه الطحاوي وقال تتبعنا هذه الاثار
فلم نجد لشيء منها اصلا اشار به الى ما رواه الشافعي وقال ابو نصر البغدادي قال الطحاوي انه حديث لا اصل له
لان كل من لقيناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له اصلا او نحمله على السياسة بدليل ما ورد في ذلك الحديث
من الامر بالقتل في المرة الخامسة قوله لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا يعني ان كانت يده اليسرى مقطوعة
او مشيا ان كانت رجله اليمنى كذلك وباقي كلامه واضح قال واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا
السارق الحداد هو الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد وانما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا
فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه فعل ما امره به فانه امره بقطع اليد واليسرى يد فلا
ضمان عليه ولم يذكر حكم ما اذا قطع اليمين بعد القضاء قبل ان يقول له اقطع وقال في المبسوط لا شيء عليه لان
قيمة اليد قد سقطت بقضاء الامام وكلامه واضح قوله بغير حق دليله ان الحق في اليمين في السرقة وهو ايضا
لم يقطع بسارق واحد لكيلا يكون حق قطع اليسار قصاصا ولا ثابتا ولا حيث لم يخطئ لان الكلام فيما اذا تعمد في قطع
اليسار فلا يعفى كما لو قطع رجله او انفه وان كان في المجتهد انه لان المجتهد لا يعذر فيما اخطا اذا كان الد
ليل ظاهرا كالحكم بحل متروك التسمية عامدا وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة وهي قوله تعالى
فاقطعوا ايديهما فان ظاهره يوجب تناول اليدين جميعا فصار شبهة في حق القصاص اذ القصاص لا يثبت
بالشبهة بخلاف ضمان المال قوله ولابي حنيفة ثمرة القول بالموجب سلمنا انه قطع طرفا معصوما بغير حق
ولا تاويل لكنه اخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا وعلى هذا التقدير لو قطعه غير الحداد اي لو قطع
يسار السارق غير الحداد بعد حكم القاضي بقطع يمينه لا يضمن شيئا لان امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا تتفاوت
بين ان يكون قاطع اليسار مامورا للحاكم او اجنبيا غير مامور قوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي وقال
فقال فيه ولو قطع غيره يده اليسرى فان في العمد القصاص وفي الخطا الدية ويسقط القصاص عنه في اليمين لانه
لو قطع ادى اي الاستهلاك ورد السرقة ان كان قائما وعليه ضمانه في الهالك قوله ولو اخرج السارق يساره
ظاهر وقوله ثم في العمد عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله عليه اي على السارق ضمان المال المسروق ان كان هالكا
لانه لم يقطع حدا وانما خص ابا حنيفة بالذكر وان كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لمن عسى يتوهم
ان قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فازال ذلك ببيان وجوب الضمان ايذانا
بان القطع لم يقع حدا اذ القطع حدا والضمان لا يجتمعان وبعدم الضمان على الحداد باعتبار انه اخلف خيرا
لا باعتبار ان القطع وقع حدا واما على مذهبهما فظاهر ولا حاجة الى ذكره لانهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع
حدا لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا قوله وفي الخطا كذلك على هذه
الطريقة اي على طريقة ان القطع لم يقع حدا لم يوجد ما ينافي الضمان والمقتضي وهو الاتلاف موجود فيجب
الضمان البتة وعلى طريقة الاجتهاد الذي قلنا في طرق ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان ضمان اليد على الحداد
يبطل بطريق الاجتهاد لا يضمن السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حدا لا يجتمعان
قال ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه اختلف العلماء في اشتراط الحضور المقصود للمسروق منه وطلبه
السرقة للقطع فقال ابن ابي ليلى لا حاجة الى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان المستحق بكل واحد
منهما خالص حق الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله ان اقر السارق بالسرقة فلا حاجة الى ذلك وان ثبت بالبينة فلا
بد من ذلك لان الشهادة تبتني على الدعوى في الحال ما لم يحضر هو او نائبه لا تقبل شهادتهم وان غاب بعد ذلك لا
يتعذر استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط في الاقرار والشهادة جميعا عند الاداء وعند القطع لان الخصومة
شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار والاقرار له بالملك بعد الشهادة وبه تنتفي السرقة وكل ما هو شرط لشيء
لا يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز وكلامه في الكتاب واضح خلا انه ربما
توهم التكرار لان معنى قوله لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته هو معنى قوله لان الخصومة شرط للظهور
اي لظهور السرقة وهي الجناية ويمكن ان يدفع بان الاول تعليل لاشتراط الحضور والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار
والشهادة فان كانا بمعنى واحد ومعنى قوله لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود قد تقدم وقوله وصاحب الشهادة

قيل صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة
ولم يذكر العقد الا فرضا فان قدر الربوا فكانه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف
رب الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهما باق وقوله وكل من له يد حافظة يريد متولي الوقف والاب والوصي
ولو سرق سارق من احد هولا وخاصم المالك قطع وان لم تكن السرقة من عنده لقيام الملك وقوله الا ان الراهن
استثنا منقطع وقد اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن
قبل قضا الدين او بعده وفي بعضها حال قيام الرهن قبل قضا الدين واستصوبه ان رهونا نقلا وعقلا اما نقلا
فلانه موافق لرواية الايضاح والمحيط قال في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن ان يقطعه وليس للراهن
ان يقطعه لانه لا سبيل له على اخذ الرهن قال وان قضى الراهن الدين فله ان يقطعه لان له ان يأخذه وكذا في
الايضاح واما عقلا فلان السارق انما يقطع بيده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك
قبل قضا الدين والمراد بالرهن المرهون والمراد في يده ونزارجع الى قضا الدين وعلى النسخة الاولى الى قيام
الرهن وكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن امرين قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه
ليطلان دينه عنه وقضا الدين لحصول ولاية الاسترداد ولا يلتفت الى خصومتهم وقوله ولاية الخصومة
في الاسترداد وضرورة الحفظ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يظهر في حق القطع لان فيه اي في
ظهورها تفويت الصيانة لان المال المضمون على السارق فلو استوفي القطع سقط الضمان فيكون فيه
تضييع الصيانة وهم مامورون بالحفظ والصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وهذا ظاهر والسرقة
قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية فيترتب عليه القطع واما قال ان الخصومة غير ضرورية لان الاعتبار
بحاجتهم الى استرداد اليد وهم في ذلك كالمالك لان اعتبار خصومة المالك لحاجته الى اظهار السرقة لاعادة اليد
على المحل تحصيلا للاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود في هولا اما المستاجر والمستعير فلاحتياجهما الى الا
نتفاع به بالمحل واما المرتهن والمودع فلرد الى المالك تخليصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ واذا ثبت
ان الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر انها ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع والمقصود من الخصومة
اي مقصود صاحب اليد احيا حق المالك وسقوط الضمان بسقوط العصمة بضرورة القطع فكان ضمنيا والضمني
غير معتبر وهذا جواب عن قول زفر لان فيه تفويت الصيانة ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض جواب سوال
مقدر تقديره ان يقال ينبغي ان لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما هو مسئلة قبيل هذا لاحتمال انه لو
حضر اقر للسارق بالمسروق وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا تعتبر كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن
فان فيه شبهة موهومة ايضا وهي ان يحضر المؤتمن ويقول انه كان ضيفا عندي في الوقت الذي سرق ذلك ومع ذلك
لم يشترط حضور المؤتمن بل يقطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله
ان المالك ليس له ان يقطعه حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذي كان عنده فلم يجز ان
يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اقر السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع ما لم
يحضر مع ان العلة المذكورة وهو ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي الاقرار
موجودة وشبهة الاذن بالدخول في الحرز او الاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك
لا يقطع اجيب بان الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة
في دفع العلة عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها لم تكن كذلك قال وان قطع سارق بسرقة
المسروق اذا سرق من السارق فاما ان يكون قبل قطع يده او بعده فان كان الثاني لم يكن له اي للسارق ولا للمالك
ان يقطع يد السارق الثاني اما السارق فلوجهين احدهما ان المال غير متقوم في حقه حتى لا يجب الضمان بالهلاك
فلم ينعقد موجبة في نفسها والثاني ان يده لم تبق من الايدي التي ذكرناها من ملك وديعة وخصومة من هذه
صفته لا تعتبر في القطع واما المالك فللوجه الاول وقوله الاول اي للسارق الاول ولاية الخصومة في الاسترداد
في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه وليس له ذلك في رواية اخرى لان يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة
عبارة عن ان تكون يد ملك او ضمان او امانة ولم توجد فان كان الاول تقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم
كان لضرورة القطع ولذا خرج يده عن كونها يد ضمان كان كذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والدرء
بالشبهة كعدم القطع هنا ولا كذلك المصنف بينهما ومن سرق سرقة فردها على المالك فما ان يردها قبل الارتفاع الى
الحاكم او بعده فان كان الاول لم يقطع في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا اذا رده بعد المرافعة
بجامع ان القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء وجه ظاهر الرواية
ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة يعني ان السرقة تظهر بالبينة والبينة
حجة

حجة
ضرورة قطع الخصومة بدونها غير متصور فثبت ان الخصومة شرط لظهور السرقة والسرقة قد انقطعت
بالرد الى المالك فشرط ظهور السرقة والخصومة قد انقطع واذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع
بدون ظهورها وان كان الثاني قطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى لحصول المقصود منه وهو استرداد المال
الى المالك والشي ينتهي بانتهائه لا انه يبطل كالنكاح ينتهي بالموت لا انه يبطل كالنكاح لكنها اعني الخصومة
تجعل باقية تقديرا لاستيفاء القطع والرد الى ابن المسروق منه والى اخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا الى امرأته
او اجيره مشاهرة او عبده وكذا الرد الى ابيه او جده سوا كانوا في عياله او لم يكونوا كالرد الى نفسه استحسانا واذا
قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبها المالك وسلمها اياه او باعها اياه لم يقطع وانما فسر المصنف كلام الجامع الصغير
بقوله معناه اذا سلمت لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا تثبت الملك وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية
عن ابي يوسف قالوا لان السرقة قد تمت انعقادا باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه اذ اوضع
المسئلة في ذلك وظهورا لان الغرض انه قضي عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها وبهذا العارض يعني
ثبوت الملك للسارق بالهبة او البيع لا يتبين قيام الملك وقت السرقة لان ثبوت الملك بهما انما يكون حالا وجه
الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع فقد احترازا عما اذا اقر به المسروق منه للسارق فان الاقرار يظهر
ما كان ثابتا للمقر له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فتكون شبهة ولنا ان الامضا
من القضا يعني ان استيفا الحد من تتمة قول القاضي حكمت او قضيت بالقطع او بالرجم او بالجلد في هذا الباب
يعني في باب الحدود لوقوع الاستغنا عنه اي عن القضا بالاستيفا يعني ان القضا في هذا الباب لا يغني عنا
الا بالاستيفا لان القضا للاظهار ولا اظهار هنا لان القطع حق الله وهو ظاهر عنده فلو لم تجعل الاستيفا قضا
في هذا الباب لعرى عن الفائدة بالكلية وهو باطل بخلاف حقوق العباد فان القضا فيها يفيد اظهار الحق
للطالب على المطلوب فلا حاجة الى جعل الامضا من تتمة القضا وهذا فقه تفويض استيفا الحدود الى الامام دون
سائر الحقوق واذا كان كذلك اي اذا كان الامضا من القضا يشترط قيام الخصومة عند الاستيفا
كما يشترط عند ابتدا القضا وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرطا لوجوب القضا
يراعى وجوده الى وقت الاستيفا كالمقترن باصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود
فان الحدود لا تستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف وقت الاستيفا بالاجماع ذكره في الاسرار
وقوله وصار كما اذا ملكها قبل القضا يعني صار الملك الحادث بعد القضا قبل الاستيفا كالملك الحادث
قبل القضا لانه لما لم يمض فكانه لم يقض ولقائل ان يقول جعلتم الخصومة باقية تقديرا في صورة رد المسروق بعد
المرافعة قبل الاستيفا ولم يكن الاستيفا من القضا حتى اوجبتم القطع وههنا جعلتم الاستيفا من القضا
في باب الحد وجعلتم البيع والهبة دافعين لوجوب الحد وما ذلك الا تناقض صرف والجواب ان الاستيفا من القضا
في باب الحدود مطلقا لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وههنا حدث بينهما بعرف موضو
لافادة الملك وكان شبهة في درء الحد قال وكذلك اذا انتقصت قيمتها من النصاب هذا معطوف
على قوله فوهبت له وقوله يعني قبل الاستيفا بعد القضا بيان لذلك لان الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك
التقدير وقوله اعتبارا بالنقصان في العين يعني بان ملكه درهما من العشرة او استهلكه وهذا بنا على ان المعتبر
في قيمة المسروق ان يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع
عن الاستيفا بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عند محمد في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول
بجامع وجود سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر ان كمال النصاب لما كان شرطا في الابتدا يشترط قيامه
عند الامضا من القضا والفرق بينه وبين النقصان في العين ان النقصان في العين مضمون عليه اي على
السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا وقت الاخذ دينا وقت الاستيفا
كما في الاستهلاك كله اما نقصان السعر فغير مضمون وكان النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة فافترقا
واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم تقم البينة وفسره المصنف بقوله معناه
بعدما شهد الشاهدان بالسرقة وانما قيده بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار بالسرقة فانه يسقط
القطع بالاتفاق وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لافضائه الى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق
عن ذلك ولنا ان الشبهة دارئة والشبهة تتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال الصدق ولا معتبر بما قال انه لا يعجز سارق
بدليل ان الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح وهام منه الا ويتمكن من الرجوع وكان ذلك معتبرا في ايراث الشبهة
فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف ولا يلزم ان يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة
مورثا لها في الكاملة والجواب ان الكمال والقصور انما هو بالنسبة الى التعدي الى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه

لان المعتبر من قبل الاستيفاء ح

قوله م

واما البينة اي المقرّ لها سواء قوله واذا اقر الرجل بسرقة مبناه على صحة الرجوع وقوله لان الرجوع عامل في حق
الراجع يعني لعدم المكذوب ومورث للشبهة في حق للاخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فيكون فعلا واحدا
وقوله لانه اذا حضر ربما يدعي الشبهة يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا مع الشبهة وهو لا يجوز وجه
القول الاخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغايب لان القضا على الغايب لا يجوز وكان الغايب في هذه الشهادة
كانه معدوم والمعدوم لا يورث الشبهة في حق الموجود وهذا لان الشبهة هي المحققة الموجودة لا المتوهمة
على ما مر يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض قال ـــــ واذا اقر العبد المحجور عليه اذا اقر العبد
بسرقة مال فاما ان يكون العبد ماذونا له او محجورا عليه وكل منهما على وجهين اما ان يكون المال قايما بعينه او مستهلكا
وكل ذلك على وجهين اما ان كذبه المولى او صدقه فان صدقه تقطع في الفصول كلها لوجود المقتضي وانتفا
المانع وان كذبه وهو ماذون له قطعت يده عند العلما الثلاثة سواء كان الاقرار بمال قايم او مستهلك ويرد القايم
على المسروق منه وان كان محجورا عليه فان اقر بمال مستهلك قطعت يده عند العلما الثلاثة وان اقر بمال قايم بعينه
في يده قال ابو حنيفة تقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وقال ابو يوسف تقطع يده والمال للمولى وقال محمد
لا تقطع يده والمال للمولى حكي عن الطحاوي رحمه الله انه قال سمعت استاذي بن ابي عمران يقول الاقاويل الثلاثة كلها
عن ابي حنيفة فقوله الاول اخذ منه محمد ثم رجع وقال كما قال ابو يوسف فاخذ به ابو يوسف ثم رجع الى القول الثالث
واستقر عليه واصل ذلك ان القطع اصل او المال قال ابو حنيفة القطع اصل والمال تابع بدليل انه يبطل بالتقادم
ويدل له انه لو قال ابغي المال ولا ابغي القطع لا يسقط القطع وقال ابو يوسف كل منهما اصل اما اصالة القطع فيما قاله
في الحد اذا اقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح اقراره في حق القطع دون المال واما اصالة
المال فلانه اذا سرق ما دون العشرة لا يقطع والخصومة شرط ولولا ان المال اصل لوجب القطع بدونه لانه
محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب وقال محمد المال اصل والقطع تبعه ووجه قول ابي يوسف في اصالة
المال واذا ثبت هذا اطهر معنى الكتاب سوى الفاظ بينها فقوله في الوجهين يعني فيما اذا كان المال قايما بعينه
او مستهلكا وقوله لانه يرد على نفسه يعني فيما اذا اقر بقتل العين عمدا او طرفه يعني فيما اذا اقر بالسرقة وقوله يؤاخذ
بالضمان يعني في المستهلك وقوله والمال يعني اذا كان قايما في يده وقوله من حيث انه آدمي اشار الى ان وجوب الحد باعتبار
انه آدمي مخاطب لا باعتبار انه مال مملوك والعبد في ذلك كالحر في اقراره فيما يرجع الى استحقاق الحد ولهذا
لا يملك المولى على عبده الاقرار به فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق وقوله ثم يتعدى الى المالية يصح من حيث انه
مال يعني لما صح اقراره من حيث انه آدمي يصح من حيث انه مال ايضا بالسراية اليها لان آدميته لا تنفك عن ماليته
وقوله كما يشتمل عليه اي على العبد من الاضرار لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة فوق ما يلحق المولى
ومثله مقبول على الغير اي ومثل ما كان من ضرر الاقرار فيه سراية الى المتعدي الى الغير يسمع على الغير ايضا بطريق
التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السما
علة تقبل الامام شهادته وان لم يتقبلها في ساير المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك
الحر المديون المفلس اذا اقر بقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون الغرما وقوله لا قطع على العبد
اي في سرقة مال مولاه وقوله يؤيده ان المال اصل فيها اشارة الى ما مهدناه من الاصل حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع
مثل ان يقول اطلب منه المال دون القطع ويثبت المال دونه كما اذا شهد رجل وامراتان واقر بالسرقة ثم رجع
فانه يضمن المال ولا يقطع وفي عكسه بان قال الطلب العكس القطع دون المال لا تسمع الخصومة ولا يثبت القطع
دون المال وقوله ولا يصح في حقه فيه اي فلا يصح اقرار العبد في حق المولى في المال وقوله والقطع
مستحق بدونه اي بدون المال لان احد الحكمين ينفصل عن الاخر الا ترى انه قد ثبت المال عن القطع
كما اذا شهد به رجل وامراتان وكذلك يجوز ان يثبت القطع بدون المال كما اذا اقر بسرقة مال مستهلك وقوله
لما بينا اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي وقوله فيصح بالمال بناء عليه اي لما صح اقراره
بالقطع باعتبار انه آدمي مكلف صح اقراره بالمال انه لغير المولى بناء على صحة اقراره بالقطع لما مهدنا من اصله وقوله
لان الاقرار وقوله يلاقي حالة البقاء يريد ان الاقرار بالسرقة امر قد كان فلا بد من وجود المخبر به سابقا
على الاخبار وقوله حتى يسقط بالرجوع لان حق ليعني البقا وقوله باعتباره اي باعتبار القطع لما مر من اصلنا ان
القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على ان المال تابع لانه لو كان اصلا
لما تغير حاله من التقوم الى غيره لان مقصوديته انما تكون بالتقوم ولذلك استيفا القطع بعد استهلاك المال يدل على
ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الاصل وقوله بخلاف الحد جواب عما استشهد به ابو يوسف بقوله اذا قال الثوب
الثوب الذي في يد زيد الخ وبيانه ان الحد الكامل يسمع قوله سرقته من عمرو في حق الرد الى عمرو ولا يلزم عدم القطع بل يقطع لانه

بجعل

يجعل المتولد وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يجب رد المال اليه لما مر ان السارق اذا سرق المال من المودع يقطع
بخصومته وان لم يرد اليه المال فما هاهنا فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم ان يكون ذلك المال مال المولى فيجب
لا يجب القطع لان العبد اذا سرق مال المولى لا يقطع يده ثم اتفق ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله على قطع
يد العبد فقد جعلاه سارقا مال غير المولى فرد الى الذي اقر بالسرقة منه وقوله ولو صدقه المولى قد مر ذكره
في اول البحث قال ـــــ واذا قطع السارق والعين قايمة في يده كلامه واضح وقوله كالاستهلاك حقيقة
ملحق في الحكم يعني من حيث انه يجب قيمته للمالك وقيمة اخرى تجب الارتكاب المحظور لله تعالى وقوله او شرب
الخمر للذمي يعني على اصلكم فان ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وان كان للذمي ولنا ما روي عبد الرحمن
بن عوف رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه لا يقال هذا
الحديث يدل على ان العين اذا كانت قايمة لا ترد الى صاحبها لان ذلك لا يسمى غرما وقوله ما يودي
الى انتفايه فهو المودي المنتفي لكونه ثابتا بالاجماع وقوله اذ لو بقي معصوما حقا للعبد لكان مباحا
في نفسه لانه عرف بالاستقرا ان ما هو حرام حقا للعبد فهو مباح في نفسه فكان المال للسارق حراما من وجه دون
وجه فينتفي القطع للشبهة اذ الشبهة هو ان تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيدرأ بالحديث
فاذا المسروق معصوما حقا للعبد يصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه وهذا معنى ما ذكر في المبسوط اذا
صارت المالية لله تعالى في هذا المحل لم يبق للعبد فالتحق في حق العبد بما لا قيمة له ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفا
القطع لان ما يجب لله تعالى فتمامه بالاستيفا فكان الاخذ مراعى ان استوفي به القطع تبين ان حرمة المحل في
ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد وان تعذر استيفاؤه تبين ان حرمة المالية والتقوم
كان للعبد فيجب الضمان وقوله الا ان العصمة جواب سؤال تقديره والعصمة لما انتقلت الى الله تعالى
وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب ان لا يضمن عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما
الله وجوب الضمان فيه وتقرير الجواب ان سقوط العصمة انما كان ضرورة تحقق القطع وما يثبت بالضرورة
يقتصر على محلها فلا يتعدى الى فعل اخر هو الاستهلاك لانه لا ضرورة في حقه لانه ليس القطع ولا من لوازمه
وكذا الشبهة ولكونه حراما لغيره تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة لان اعتبار الشبهة انما يكون لان يجعل السبب
الموجب للحد غير موجب احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا يعتبر فيه وهي رواية المشهور وهو عدم وجوب
الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك لان الاستهلاك اتمام المقصود بالسبب وهو السرقة لانه انما يسرق
ليصرفه الى بعض حوائجه فكان تتمة للسبب لا انه فعل اخر فيعتبر الشبهة فيه لاسقاط الضمان كاعتبارها
في نفس السبب وقوله وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك
لانتفا المماثلة قال في النهاية اي لان سقوط العصمة في فصل الاستهلاك عن ضرورة سقوط العصمة في فصل
الهلاك واقول معناه سقوط العصمة في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فاللازم
كذلك وبيان الملازمة انه لو لم يكن كذلك لكانت العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان
يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص وهي منتفية لان المضمون به مال معصوم في الهلاك والا
ستهلاك حتى لو غصبه احد ضمنه هلك عنده او استهلكه والمضمون وهو المسروق معصوم في حالة واحدة
ومن الشارحين من قال لانه اي لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني انه يلزم من سقوط
العصمة سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لان المسروق ساقط العصمة
حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة والذي يوخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام
لعينه فلا يجب الضمان لانتفا المعادلة وكلام المصنف ما يساعده فتامل قال ـــــ ومن سرق سرقات
فقطع في احديها فهو بجميعها كلامه واضح قوله لما ان الحاضر ليس نايبا عن الغايب تقريره ان الحاضر ليس نايب
عن الغايب ومن ليس بنايب عن الغايب ليس له الخصومة في حق الغايب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور
السرقة فلم تظهر السرقة من الغايبين فلم يقع القطع لها واذا لم يقع القطع لها بقيت اموالهم معصومة والمال المعصوم
مضمون لا محالة ولهما ان الواجب بالكل اي بكل السرقات قطع واحد لانه يجب حقا لله وكل ما كان كذلك تتداخل
وقد وجد ذلك ايضا بالسبب بالنسبة الى الجميع لان الشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا فاذا استوفي
يعني ذلك القطع الواحد فالمستوفى كل الواجب الا ترى ان نفعه وهو الانزجار يرجع الى الكل فاذا قيل الحكم
الثابت ضمنا لا يربو على الثابت صريحا والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق الكل لم يبرأ فكيف يبرأ اذا ثبت ضمنا اجيب بانه كم من شي
ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المنقول ثم هنا لما وقع القطع في حق الكل بالاجماع تبعه
ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان واعلم ان وقوع القطع بجميع السرقات بالاجماع وقد علمت ان

القطع لا يجتمع مع الضمان فان لقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فذلك متناقض
وعلى هذا الخلاف اذا كان الغصب كلها لواحد بغير ... سرق الغصب كلها من كف واحد مرارا في حضر في العرض
فقطع لاجل ذلك فعند ابي حنيفة لا يضمن الغصب الباقية وعندهما يضمن والله اعلم
لما ذكر احكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط القطع بسبب احداث الصفة للشبهة والشبهة
ابدا تتلو الثابت ذكرا ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي بعد الشق عشرة دراهم
قطع قيد بقيدين ان يكون الشق في الدار وان يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار لانه اذا اخرجه غير
مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة
دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا ولانه اذا شق في الدار ونقصت قيمته
عن العشرة ثم اخرجه لم يقطع لان السرقة تمت على النصاب الكامل في الاول دون الثاني وعن ابي يوسف انه
لا قطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة ويملك المضمون ولهذا اقلنا المالك بعد الشق
بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق وصار
كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار البايع ثم فسخ البايع البيع فانه لا يقطع هناك فكذلك هنا والجامع بينهما
ان السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق لكن ورد عليه سبب الملك ولهما ان الاخذ اي هذا الاخذ الذي فيه خرق
فاحش واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره انا لا نسلم ان له فيه سبب الملك لان
الاخذ المعهود ليس بموضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك وانما الملك يثبت له ضرورة
اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله اي مثل هذا الاخذ الذي هو سبب للضمان لا يورث الشبهة
لانه ليس بموضوع للملك كنفس الاخذ فانه يحتمل ان يصير سببا بعد الضمان ومع هذا لم يعتبر شبهة وكما اذا
سرق البايع معيبا باعه ولم يعلم المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب وكذلك
يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق بخلاف ما ذكر ابو يوسف وهو قوله كالمشتري اذا سرق مبيعا
فيه الخيار للبايع لان سبب الملك فيه موجود اذ البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين
النقصان واخذ الثوب لا يقال الاصل عندكم ان القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان
كيف يتمكن من القطع لان ضمان النقصان وجب بجناية اخرى قبل الاخراج وهي ما فات من العين والقطع بالجزء
الباقي كما لو اخذ ثوبين فاحرق احدهما في البيت واخرج الآخر وقيمته نصاب واورد على هذا الجواب
الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب الضمان وتبع هذا ذهب بعضهم على انه ان
اختار القطع لا يضمن النقصان والجواب ان القطع للبايع بعد الخرق وليس فيه ضمان بخلاف الاستهلاك فان
القطع كان لاجله لا لشيء آخر فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه
مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فانه اذا وهب بعد تمام السرقة يسقط القطع فلان لا يجب
اذا ملكه قبل تمام السرقة اولى وهذا كله اي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات اذا كان النقصان فاحشا
وهو الذي يفوت به بعض العين وبعض المنفعة في الصحيح على ما يجيء تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير يقطع بالاتفاق
في كتاب الغصب لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة قوله وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها
وقوله ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع اي يساوي عشرة دراهم او دنانير قطع فيه وهو ... قوله
واصله في الغصب يريد ان ما ينقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة ينقطع حق المسروق منه
من المسروق وهذه الصنعة تنقطعة عندهما خلافا له لهما ان هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما ومقصودا
وكلما كان كذلك ينقطع به حق المالك كما اذا كان المغصوب صفرا فضربه قمقمة او حديدا فجعله ذراعا فانه ينقطع
به حق المالك وله ان عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث تبع لها زمنين فان اعادها الى
الحالة الاولى مثله والصنعة غير متقومة حتى لو كسر ابريق فضة لم يكن للمالك غيره وبعض الصنعة والعين
المسروقة متقومة واذا كان كذلك كان اعتبار الباقي في المتقوم اولى من الزايل الغير المتقوم قوله فلم يملكه عينه
اي عين المسروق وفي بعض النسخ عينها اي عين الذهب والفضة وانما كسا عينها فان الاعيان تتبدل بتبدل
الصفات اصله حديث بريرة قوله فان سرق ثوبا فصبغه احمر قال صاحب النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا
فقطع فيه ثم صبغه احمر فان لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في السارق يسرق
الثوب فتقطع يده وقد صبغ الثوب احمر انه ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى
ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهو لا يدل على التعقيب ولكن قول المصنف الاترى انه غير
مضمون الخ انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة ما قال وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح قوله ولهما اي
لابي حنيفة وابي يوسف ان الصبغ قايم صورة ومعنى اما صورة فظاهر لان الحمرة فيه محسوسة واما معنى فلان المسروق
منه

وان ما هو موضوع ح

ببعض العين وبعض المنفعة فان كان يسيرا وهو ما يفوت به بعض العين م

سرقه

منه اي اخذ الثوب مصبوغا بثمن الصبغ وحق صاحب الثوب المالك في الثوب قايم صورة لتمكنه من الاسترداد لا معنى لانه
غير مضمون على السارق بالهلاك او الاستهلاك فكان جانب السارق مرجحا كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب
ينقطع عنه بخلاف مسئلة الغصب يعني التي اعتبرها صورة النزاع لان حق كل واحد منهما قايم صورة ومعنى فاستويا
من ذلك هذا الوجه يعني الوجود ورجحنا هذا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب اصلا قايما وكون الصبغ تابعا
وان صبغه اسود اخذ منه الثوب عند ابي حنيفة ومحمد ولا يوخذ عند ابي يوسف لان السواد زيادة عنده
كالحمرة واما عند ابي حنيفة فلان السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قايما فيه معنى فلا يوجب انقطاع
حق المالك واما عند محمد فلان السواد وان كان عنده ايضا كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك قوله
اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى اما تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق ياخذ المال سرا ممن اليه حفظ
الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق ياخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان الماخوذ منه وهو المالك
او من يقوم مقامه واما تسميتها بالكبرى فلان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع
الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك باخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا اغلظ الحد في حق قطاع الطريق
وانما اخره عن السرقة الصغرى لانه اكثر وجودا منه قوله واذا خرج جماعة قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم
والذمي والحر والعبد واراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير عن نفسه
بقوته وشجاعته وكلامه واضح قوله فقتلهم حدا اي لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين لان
المال في البراري محفوظ بحفظ الله فاذا اخذوه على سبيل المغالبة كان في صورة المحاربة قوله والمراد منه
والله اعلم التوزيع على الاحوال فيه اشارة الى نفي مذهب مالك ان الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى
ظاهر كلمة او قوله وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة يعني قوله واخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا
وقوله وان اخذوا مال مسلم او ذمي وقوله وان قتلوا ولم ياخذوا مالا والرابعة ما يذكر بعد هذا من القتل
واخذ المال قوله ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال اي على حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق
فاللايق تغليظ الحكم اي الجزاء بتغلظ الجناية لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء الخفيفة او بالعكس
وهو خلاف مقتضى الحكمة والخلاف الكلام في هذا البحث قد قررنا في التقرير مستوفى قوله فلانه المراد
بالنفي المذكور يعني عندنا فان الشافعي يقول المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه اولى لان العقوبة
بالحبس مشروعة والاخذ بما يوجد له نظير في الشرع اولى من الاخذ بما لا نظير له قوله وشرط كمال النصاب
في حق كل واحد الخ فان الحسن بن زياد قال الشرط ان يكون نصيب كل منهم عشرين درهما فصاعدا لان
التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق باخذها عضوا واحدا وههنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان
في السرقة الا في عشرين درهما وقلنا يغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق
لا باعتبار كثرة المال الماخوذ فيعتبر النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء قوله كيلا يودي الى تفويت جنس المنفعة
حتى اذا كانت يده اليسرى شلا او مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى واما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة
فانه يقطع رجله اليسرى فقوله فالامام بالخيار حاصله ان الامام بالخيار بين العفو بين من قطع الايدي
والارجل مع القتل او الصلب وبين القتل او الصلب ابتداء من غير قطع الايدي والارجل وكذلك
للامام الخيار عند اختيار ترك قطع الايدي والارجل بين القتل والصلب وكان الخيار للامام في
موضعين وهذا قول ابي حنيفة وذكر في الكتاب قول ابي يوسف معه وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب
ولا يقطع وذكر في عامة الروايات قول ابي يوسف معه لانه اي قطع الطريق جناية واحدة فلا يوجب
حدين ولان ما دون النفس دخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم فان السارق اذا زنى وهو
محصن فانه يرجم لا غير لان العمل يأتي على ذلك كله قوله ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف وهو ظاهر الرواية
والتداخل في الحدود لا في حد واحد الا ترى ان الجلدات في الزنا لا تتداخل فانه قيل لو كان حدا واحدا
لما جاز للامام ان يدع القطع كما لم يجز له ان يترك بعض الجلدات اجيب بان ولاية ترك القطع ليس بطريق
التداخل لان مراعاة الترتيب ليس بواجبة عليه في حد واحد وكان له ان يبدأ بالقتل كذلك
ثم اذا قتله فلا فايدة في اشتغاله بالقطع بعده كما اذا ضرب الزاني تسعين جلدة فمات فانه يترك ما
بقي لانه لا فايدة في اقامته والبعج الشق من حد منع قوله وعن الكرخي مثله اي مثل ما نقل عن ابي يوسف
انه قال يصلب وهو حي ويطعن بالرمح حتى يموت وقوله توقيا عن المثلة لانها منهي عنها نهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور قوله بما ذكرنا اي بالصلب ثلاثة ايام قال
واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه كما لو سرق فقطع يده وكلامه واضح وقوله ان زوال البه

اي اذا قتل قاطع الطريق صح

لان التقيم

في الجميع

الذي حده الجلد

اي انضموا وقوله ولم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح جعل الامام التمرتاشي حالة خامسة من احوال
قطع الطريق والمصنف لم يذكره في الاجمال بل قال هي اربعة لان مراد المصنف الاحوال التي تدل عليها الاجزية المذكورة
في النص وهي اربعة كما ذكره وقوله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما يسقط عصمة المال بناء على ان ما دون
النفس يجري مجرى الاموال فكان سقوط العصمة في حق المال سقوط العصمة في حق الجرح لان موجب الارش هو المال
لانه لو لم يسقط لصارت شبهة في وجوب القطع اذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد فيه علم ان
حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع وقوله فان شاء الاولياء قتلوه يعني قصاصا
وقوله للاستثناء المذكور في النص يريد به قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله
غفور رحيم واعترض بان قوله الا الذين تابوا ههنا نظير قوله تعالى واولئك هم الفاسقون الا الذين
تابوا فيكون الاستثناء من قوله ولهم في الاخرة عذاب عظيم اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين
واجيب بان قوله اولئك هم الفاسقون لا يصلح ان يكون حدا وقد قررناه في التعزير بخلاف قوله
ولهم في الاخرة عذاب عظيم واعترض ايضا بان التوبة متوقفة على رد المال اولا فان كان الثاني لا يستقيم
التعليل بقوله اولان التوبة تتوقف على رد المال وان كان الاول كان الوجه الثاني داخلا في الوجه الاول
فلا يكون علة مستقلة اذ لا يصح ان يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة الى حكم واحد
واجيب بان بعض المشايخ ذهبوا الى ان الحد يسقط بنفس التوبة وهي الاقلاع في الحال والاجتناب في
المال والندم على ما مضى والعزم على ان لا يعود اليه ابدا ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة
على رد المال وبعضهم ذهبوا الى ان الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها فالمصنف رحمه الله
جمع بين قول المشايخ بهذا الطريق ذكر الاختلاف الامام المحقق فخر الاسلام رحمه الله في مبسوطه وقوله ولا قطع
في مثله اي في مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة تنقطع برد المال اليه وهي شرط لوجوب القطع
وقوله فظهر حق العبد يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال ظهر حق
العبد في النفس والمال حتى يستوفي ولي القصاص او يعفوا وقوله وجب الضمان معطوف على قوله
حتى يستوفي ولي القصاص واعترض بان وجوب الضمان بسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف
على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور الهلاك او الاستهلاك بعد الرد الى المالك واجيب
بانا نفرض المسئلة فيما اذا تابوا ورد بعض المال بان يرد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك
مال البعض الاخر او هلك في يده حيث يصح توبته ويجب الضمان واقول هذا انما يتم ان لو كان
التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك واما اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال
فلا يتم ويجوز ان يقال هذا الوضع انما هو على قول البعض الاخر من المشايخ وقوله ومن علمه ينعكس المعنى
والحكم اذا باشر غير العقلاء صار الخلل في الاصل وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله فصار كالخاطئ
مع العامد يعني اذا رمى رجلان بسهم الى انسان احدهما عمدا والاخر خطأ واصابه السهمان معا ومات منهما لا يجب القصاص
على العامد لان الفعل واحد فيكون فعل المخطئ شبهة في حق العامد وقوله فقد قيل تاويله ذكر ابو
بكر الرازي رحمه الله الى ان المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق
ذو رحم محرم من احدهم فانه لا يجب الحد على الباقين لان الماخوذ شيء واحد فاذا امتنع عن احدهم يمتنع
عن الباقين واما اذا كان لكل واحد مال مفرق فالحد يجري عليهم لان الاخذ من كل واحد منهم لا يتعلق
بغيره كما لو سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من احدهم مالا ومن حرز اجنبي مالا اخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز
ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره لان الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر في قطع الطريق فكل واحد حافظ
لماله والاصح انه مطلق اي ليس بمقيد بكون المال مشتركا اي لان الجناية واحدة على ما ذكرناه لابي
حنيفة وزفر الامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز
اخر لان كل واحد من الفعلين منفصل عن الاخر حقيقة وحكما وقوله بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن
جواب سوال تقريره قطع الطريق على المستامن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجوده في القافلة
يسقط الحد فينبغي ان يسقط وجود المستامن فيهم ايضا وتقرير الجواب ان الامتناع في حق المستامن لخلل
في العصمة وهو الى التحلل يخص المستامن فلا يصير شبهة لان الشبهة في غير الحرز لا يعتبر في الذي لا شبهة فيه كما اذا
سرق الخمر وعشرة دراهم واما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة في الحرز لان القافلة بمنزلة
بيت واحد فكان القريب سرق المال للقريب ومال الاجنبي من بيت القريب فانه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز
وقوله ومن قطع الطريق ظاهر وقوله ولا يتحقق ذلك في المصر وبقرب منه قدر البعد بين المصر وبين القطاع مسيرة

بلغ

يعني في ظاهر الرواية وقوله لما بينا اشارة الى قوله لظهور حق العبد وقوله ومن خنق رجلا بالتخفيف من خنقه
اذا عصر حلقه والخانق فاعله ومصدر الخلق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا في المغرب

كتاب السير

قدم الحدود لان كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره وذلك الغير فيها دفع
الفعل المامور به الا ان الحدود معاملة مع المسلمين غالبا او على الخصوص في حد الشرب وفي السير المقابلة مع
الكفار وتقديم ما بالمسلمين اولى والسير جمع سيرة وهي فعلة من السير وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص
بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه قال في المغرب اصل السيرة حالة السير الا انها غلبت في لسان الشرع
على امور المغازي وما يتعلق بها وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج والمغازي جمع المغزاة من غزوت
العدو قصدته للقتال وهي الغزوة والمغزاة والغزاة قال الجهاد فرض على الكفاية
قيل الجهاد هو الدعاء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال وسببه كون الكفار
حربا علينا وهو فرض كفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين
وهو دليل قطعي فيفيد الفرضية ولقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة اي نافذ من مضى
في الارض مضيا اذا نفذ فان قيل كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد اجيب بان خبر الواحد
اذا تايد بالحجة القطعية صح اضافة الفرضية اليه وها هنا تايد الحديث بقوله تعالى فاقتلوا وبالاجماع وفيه نظر لانا
لا نسلم انه اذا تايد بالقطعي افاد الفرضية فانه يكون ثابتا بذلك القطعي لا بخبر الواحد ويمكن ان يقال
الخبر لم يذكر للدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيامة فان الدلائل القطعية في الباب
ليس فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد جاز ان يكون بيانا لما احتمله النص واما كونه فرضا على الكفاية فلانه
ما فرض لعينه لكونه افسادا في نفسه للتخريب البلاد وافناء العباد لكن لاعزاز دين الله تعالى ودفع الشر عن
العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام والمراد بالكراع
الخيل وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا اي ركبانا ومشاة او شبابا وشيوخا او مهازيل وسمانا
او صحاحا ومراضا واعترض بان قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا عام فما وجه تخصيصه بالنفير العام واجيب
بانه دفع الحرج ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من اهل المدينة فعلم بذلك اختصاصه
بالنفير العام ولان الله تعالى قال لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا وعد
الله الحسنى ووجه الاستدلال ان الله تعالى وعد القاعدين من الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين
لاستحق القاعد الوعيد لا الوعد ثم الجهاد يتحقق يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو
وهو يقدر عليه واما من وراءهم فلا يكون فرضا عليهم الا اذا احتيج اليهم اما لعجز القريب عن المقاومة
مع العدو واما للتكاسل فحينئذ يفترض على من يليهم ثم ثم الى ان يفترض على اهل الاسلام شرقا وغربا على هذا
التدريج وقوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية اراد بالاول قوله الجهاد واجب الا ان
المسلمين في سعة اذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان مجموع المستثنى والمستثنى منه اشارة
الى ذلك واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم الى النفير العام قال وقتال الكفار واجب وان لم
يبدؤا وقتال الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام واداء الجزية واجب وان لم يبدؤا بالقتال للعمومات الواردة
في ذلك كقوله تعالى فاقتلوا المشركين وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة كتب عليكم القتال وغيرها فان قيل
العمومات معارضة بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالقتال
اجيب بانه منسوخ وبيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الابتداء مامورا بالصفح والاعراض
عن المشركين بقوله تعالى فاصفح الصفح الجميل واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين والموعظة
والمجادلة بالتي هي احسن بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة ثم اذن بالقتال اذا كانت البداءة
منهم بقوله تعالى اذن للذين يقاتلون الاية وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم امر بالقتال في بعض الازمان
بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين الاية ثم امر بالبداءة بالقتال مطلقا في الازمان
كلها وفي الاماكن باسرها فقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر
وقوله ولا يجب الجهاد على صبي وقوله ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء اراد بالجعل ما يضرب الامام
للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد لانه يشبه الاجرة وحقيقة الاجرة حرام
فما يشبه الاجرة يكون مكروها وقوله يقوي الاعراب يقال اعزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو
ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له وجاء في الحديث وهو شاب عزب والتخوص الذهاب من بلد
الى بلد والله اعلم لما كان الامر الاول في باب الجهاد القتال بدا ببيان كيفية الدعوة

باب كيفية القتال

معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محمي محرز لا يتوصل إلى ما في جوفه فالمدينة أكبر من الحصن قوله دعوهم إلى الإسلام
قيل لا يخلو أمن إن كانوا بلغتهم الدعوة أو لم تبلغهم فإن كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعو لقوله تعالى
وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وإن كان الأول فالأفضل ذلك وكان النبي صلى الله عليه وسلم
إذا قاتل قوما من المشركين دعاهم إلى الإسلام ثم اشتغل بالصلاة وإذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع في
القتال قوله كفوا عن قتالهم أي امتنعوا عن قتالهم أو منعوا أنفسهم عنه فكف لازم ومتعد وقوله
على ما نطق به النص يعني قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله إلى أن قال حتى يعطوا الجزية عن يد
قوله وهذا في حق من تقبل منه الجزية عيب كلام قوله تكفي بالنون على بناء المفعول الثاني قوله
لما بينا إشارة إلى ما روي أنه عليه السلام بعث عليا رضي الله عنه في سرية وقال لا تقاتلوهم حتى تدعوهم
إلى الإسلام وقوله وقتال لعدم العاصم أي الموجب للغرامة وهو الدين على مذهب الشافعي رحمه الله
أو الإحراز بالدار على مذهبنا قوله مبالغة في الإنذار لأن النبي صلى الله عليه وسلم إذا قاتل قوما من المشركين
دعا ثم اشتغل بالصلاة ثم ... بعد الفراغ جدد الدعوة قد قدمناه قوله أغار على بني المصطلق أي
أتى إليهم من حيث لم يعلموا عليهم وهم غارون أي غافلون وابن علي ... حي من خزاعة وقيل
اسم قبيلة والغارة لا تكون بدعوة لأن فيها سر الأمر والإسراع لأنها اسم مصدر الإغارة التي هي مصدر
أغار وغارة إذا هجم في العدو قوله الثور على وزن مصنع الدار والكتب هو الذل والهوان قوله وإن كان
فيهم أسير أو تاجر ردها قال الحسن بن زياد إنه إذا علم أن فيهم مسلما وأنه يتلف بهذا الصنع لا يحل له
ذلك لأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة
المسلمين وكان مراعاة جانب المسلم أولى من هذا الوجه وقلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام
أي مجمعه للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وتمرها لأن البيضة مجمع الولد وقتل الأسير والتاجر
ضرر خاص وإذا اجتمعا تقدم دفع ضرر العام على الخاص ولأنه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم أسير أو
تاجر فلو امتنع عن الرمي باعتباره لانسد بابه أي باب الجهاد قوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن في الرمي
دفع الضرر العام الخ وقوله وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة عندنا وقال الحسن بن زياد وهو
قول الشافعي رحمهما الله فيه الدية والكفارة لأن هذا أبو ... قتل الخطأ لأنه يقصد بالرمي الكافر فيصيب
المسلم والجواب أنه إذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا محضا
ولا دية ولا كفارة فيه ولنا أن الجهاد فرض وكل ما هو فرض فالغرامات لا تقترن به لأن الفرض مأمور به لا محالة
وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنه وبينهما منافاة فإن قيل هذا تعليل في معارضة قوله صلى
الله عليه وسلم ليس في الإسلام دم مفرج وما نحن فيه ليس بدار الإسلام وقوله بخلاف حالة المخمصة جواب عما
قاس عليه الحسن وقال إطلاق الرمي لضرورة إقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة
المخمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب الضمان وتقرير الجواب أن الجائع يقدم على التناول عند رفع الخطر
وإن كان فيه ضمان لما فيه من إحيائه نفسه ومنفعة عظيمة تتحمل بسببها ضرر الضمان أما الجهاد فمبني على إتلاف
النفس أي تفنى سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم فلو وجب الضمان بسبها لامتنعوا عن الجهاد الذي هو
فرض وذلك لا يجوز كما لا يجوز إيجاب الدية والكفارة على الإمام فيما إذا مات الزاني الذي يحد بالجلد لئلا
يمتنع القاضي عن تقلد القضاء ويجوز أن يكون معناه الجهاد ... إتلاف النفس مطلقا لأن المجاهد إما
أن يقتل أو يقتل فلو لزمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسرا في كلتا الحالين
بخلاف ما إذا لم يضمن ... حذرا من الضمان على منصوب على المفعول له قوله ولا بأس بإخراج
النساء والمصاحف كلام واضح سوى ما ينبه عليه السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار وعن أبي
حنيفة رحمه الله أقل السرية مائة وقال في السير الكبير أفضل ما يبعث في السرية أربعمائة ولو بعث
بما دونه جاز وقال الحسن بن زياد من قوله نفسه أقل السرية أربعمائة وأقل الجيش أربعة آلاف قوله
وهو التأويل الصحيح بقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو رواه ابن عمر وإنما قيد
بالتأويل الصحيح احترازا عما ذكره أبو الحسن القمي ... إنما كان النهي في ابتداء الإسلام عند قلة المصاحف وكذا روي
عن الطحاوي قوله لما بينا إشارة إلى قوله في الباب الذي تقدم حق المولى والزوج وقوله إلا أن يهجم العدو
من قوله لا يقاتل يعني عند الضرورة يقاتلون لأن الجهاد يصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج عنده
قوله والمثلة المروية يقال مثلت بالرجل أمثل به مثلا ومثلة إذا سودت وجهه أو قطعت أنفه وما أشبه
ذلك وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهي المتأخر روى عمران بن الحصين رضي الله عنه أن رسول
الله

مؤنة القتال بنفسه ... المفعول له

أغار الثعلب ... الرؤوس

عشرة

أي ... التعليل في مقابلة النص باطل أجيب بأنه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فيخص ... لأن القرآن ... وإن ... عليه السلام ليس في الإسلام أي في دار الإسلام دم مفرج

... والا ... الموالي ... عنه ... قوله والمثلة المروية

الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين إلا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة
فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة قوله ولا شيخا فانيا قال في الذخيرة هذا الجواب في
الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الإحبال
ولا يكون من أهل الرأي والتدبير أما إذا كان يقدر على ذلك يقتل لأنه يقاتل أو يحارب ويصيح حرضا على
القتال وبالإحبال يكثر المحارب قوله لأن المبيح عندنا القتال الكفر وعندنا هو الحراب وقوله لما بيناه
إشارة إلى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج قيل والمراد بالدراري ههنا النساء وقوله هاء
كلمة تنبيه ألحقت بها كاف الخطاب قوله إلا أن يكون أحدهم ممن له رأي في الحرب لما صح أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة وستين سنة لأنه كان صاحب رأي
قوله ويقتل في حال إفاقته كالصحيح يعني يقتل سواء قاتل أو لم يقاتل لكنه إنما يقتل في حال إفاقته لأنه ممن يقاتل
ويخاطب وقوله امتنع عليه أن يقف عنده ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك قوله لما بينا إشارة إلى
قوله لأن مقصوده الدفع والله أعلم بالصواب باب الموادعة ومن يجوز أمانه الموادعة المصالحة
وسميت بها لأنها متاركة وهي من الودع وهو الترك وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة قوله وكان
ذلك مصلحة قيل عليه بأن قوله تعالى وإن جنحوا للسلم فاجنح لها ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال به مخالفا
للمدعي وأجيب بأن هذه الآية محمولة على ما إذا كانت فيه المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهي قوله تعالى
فلا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون وبدليل الآيات الموجبة للقتال وإلا لزم التناقض لما أن موجب
الأمر بالقتال مخالف لما هو الموجب الأمر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو ما ذكرنا بدليل موادعة رسول
الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة على ما ذكر في الكتاب ولا تقتصر الحكم على المدة المروية وهي عشر سنين فكانت
هذه المدة المروية من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لأن مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد
تزيد وقد تنقص وقوله لتعدي المعنى يعني دفع الشر قوله بخلاف ما إذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز أن يوادعهم
عملا بقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا إلى السلم ولأن الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى أما صورة فظاهر
حيث تركوا القتال وأما معنى فلأنه لما لم يكن فيه مصلحة المسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل
الجهاد معنى أيضا وقوله نبذ إليهم نبذ الشيء من يده أي طرحه ورمى به ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لأنه
طرح له وقوله نبذ إليهم أي يبعث إليهم من يعلمهم بنقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم في العهود وفاء لا غدر
أي الوفاء قوله ولا بد من اعتبار مدة الخ قال الله تعالى وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء
أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل أن يعلموا بذلك ليعودوا إلى ما
كانوا عليه من التحصين وكان ذلك للتحرز عن الغدر قوله لما بينا من قبل يعني قوله إنه ترك الجهاد صورة ومعنى
إذا لم ينزلوا بنا حتم أي إذا لم ينزل المسلمون بدار الإسلام الكفار للحرب وقوله لأنه مأخوذ بالقهر
معنى يعني فيكون كالمأخوذ قهرا صورة ومعنى وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال لما فيه من إعطاء الدنية أي النقيصة
وقوله إلا إذا خاف الهلاك يعني على نفسه ونفس سائر المسلمين فح لا بأس بدفع المال لما روي أن المشركين
لما أحاطوا بالخندق وصار المسلمون إلى ما أخبر الله عنهم بقوله تعالى هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالا
شديدا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عيينة بن حصن وطلب منه أن يرجع بمن معه على أن يعطيه كل سنة
ثلث ثمار المدينة فأبى إلا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيد
الأنصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما وقالا يا رسول الله إن كان عن وحي فامض بما أمرت به
وإن كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة
إلا بشرى أو قرى فإذ أعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم إلا السيف فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم إني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فأحببت أن أصرفهم عنكم فإن أبيتم ذلك
فأنتم وذاك اذهبوا فلا نعطيهم إلا السيف فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الصلح في الابتداء لما أحس
الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قاله السعدان امتنع عن ذلك قوله بأي طريق يمكن قيل في هذا
التعميم شبهة وهي أنه لو لم يكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بإجراء كلمة الكفر أو بقتل غيره أو بالزنا فإن دفع الهلاك
بذلك عن نفسه غير واجب بل هو رخص فيه حتى لو قتل فيها بصبر عنها كان شهيدا وأجيب عنها بأن معنى
الكلام بأي طريق يمكن سوى الأمور التي رخص فيها ولم يجب الإقدام عليها قوله ولا يجهز إليهم أي لا يبعث
التجار إليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع والمراد به ههنا السلاح والكراع والحديد قوله لما بينا يعني قوله
لأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال أمار أهله أي أتاهم بالطعام ... كان الإمام

لأنه لا يجتمع ... الولاية ... الإمام ... المسلمين بأمانه

كالصحيح فإنه يقتل وإن لم يقاتل

ثلاثاً

ثبذا

ذو قوله

أثيتم

وأقول الواجب ...

نوعان من الموادعة لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح قوله ويسعى بذمتهم
وامانهم اي بعهدهم وامانهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد لانه لا اقل منه وان فسر الادنى هنا بالاقل احترازا
عن تفسير محمد حيث فسره بالعبد لانه جعله من الدناءة والعبد ادنى المسلمين وقوله لانه اي ولان كل
واحد من الرجل والمراة من اهل القتال اما الرجل فظ واما المراة فبالتسبب بالمال او العبيد واما قوله
صلى الله عليه وسلم ها ما كانت هذه تقاتل فمعناه بنفسها قوله للملاقاة اي لملاقاة الامان محله لان محله
هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرناه قوله ثم يتعدى اي الامان الى غيره اي الى غير الذي امنه من الاسلام
كما في شهادة شهر رمضان فان الصوم يلزم من شهد برويته اللازم ثم يتعدى منه الى غيره قوله ولان
سببه لا يتجزى وهو الايمان اي التصديق بالقلب فكذا الامان لا يتجزى فاذا تحقق من البعض
فاما ان يبطل او يكمل لا يجوز الاول بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني كما اذا وجد الانكاح من احد
الاولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل لان سبب الولاية وهو القرابة غير متجز فلا يتجزى
الولاية فكذلك ههنا واعلم ان المص استدل بالمعقول على وجهين جعل المناط في احدهما كونه من يعطي
الامان ممن يخافونه وفي الاخر الايمان والاول يقتضي عدم جواز امان العبد المحجور والتاجر والاسير
والثاني يقتضي جوازه ولو جعلها علة واحدة بحذف الواو عن الثاني ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى
غيره كان اولى ويمكن ان يحمل الاول علة والاخر شرطا وسماه سببا مجازا والشي يبقى على عدمه عند عدم
شرطه قوله وسيجي في كلامه اشارة الى هذا قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح امانهم
قوله وقد بيناه يعني في باب الموادعة بقوله وان صالحهم مدة الى اخره والية اشار بقوله لما بينا فهذا وقوله
ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش تكرار محض لانه علم ذلك من قوله الا ان يكون في ذلك
مفسدة واقول يجوز ان يكون ذلك قبل ان يحاصر الامام وهذا بعده ويجوز ان يكون اعادة تمهيدا وتوطية
لقوله ويؤدبه الامام لافتياته على رايه اي لسبقه على راي الامام وحقيقته الافتيات الاستبداد
بالراي وهو افتعال من الفوت وهو السبق قوله ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم اي بالكفار فلا تتحد
في الاعتقاد قوله لا يصح امانه لما بينا يعني قوله والامان يختص بمحل الخوف قال ولا
يجوز امان العبد اتفق العلماء على ان امان العبد الماذون صحيح لما روي ان عبدا كتب على سهمه بالفارسية
مترسيت ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين
وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل واما العبد المحجور عن القتال فلا يصح امانه عند ابي حنيفة
ويصح عند محمد والشافعي رحمهما الله وذكر الكرخي قول ابي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه
وذكر الطحاوي مع ابي حنيفة رحمه الله وهو الظاهر عنه واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدل محمد بالحديث
ظاهر وقوله ولانه مومن ممتنع اي ذو قوة وامتناع اشارة الى شرط جواز الامان وهو الايمان والى
علته وهو الخوف فانما يحصل ممن له قوة وامتناع قوله وبالمويد من الامان يعني عقد الذمة فان الحربي اذا
عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد صح هذا العقد والقبول من العبد وتصير
ذميا بالاتفاق حتى يجري عليه احكام اهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك
قوله فالايمان لكونه شرطا للعبادة يعني شرطنا الايمان في قولنا لانه مومن ممتنع ليصح امانه
لانه شرط للعبادة والجهاد عبادة وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم وسيجي في كلامه اشارة الى هذا
قوله والامتناع يعني وشرطنا الامتناع ليتحقق ازالة الخوف به قوله والتاثير اعزاز الدين يعني العلة
الجامعة في قياس العبد المحجور على الماذون له اعزاز الدين واقامة المصلحة الخ وتحقيق هذا ان الوصف المؤثر
في امان عبد الماذون له الامتناع وشرطه الايمان وهذا الوصف معدل بظهور اثره وهو اعزاز الدين
واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في هذا الحكم وهو الامان في الحرب فاذا وجد في المحجور عليه صح تعدية اليه
كما في سائر الاقيسة قوله وانما لا يملك المسايفة جواب عما يقال الاصل في الجهاد هو المسايفة وهو لا يملكها
فلا يملك الامان ايضا وتقريره انما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى وهو لا يملك ذلك ولا تعطيل
لمنافعه في مجرد القول قوله ولابي حنيفة انه محجور عن القتال فلا يصح ان يكون مانعه وتقريره لانسلم وجود الامتناع
لان الامتناع انما يكون لتحقق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وان يكون معارضه وهو الظاهر من كلام المص
وتقديره انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه قوله فيه نظر لان الخوف امر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه
في كفار حتى يعلمونه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب ان ذلك يعلم بترك المسايفة فانهم لما راوا انه ليس بمقاتل
معتدا اعني القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا ولا يقاتلهم علموا انه ممنوع عن ذلك ممن له المنع ولو قال المص
انه

انه محجور عن القتال والامان نوع قتال لكان اسهل اثباتا لمذهب ابي حنيفة فتامل وقوله وفيه
ما ذكرنا يريد انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر قوله وفيه سد باب الاستغنام
اي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فاذا كان ممنوعا عن الضرر للمولى فكيف يصح ما يضر المولى والمسلمين
قوله بخلاف المويد جواب عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة لانه اي الامان المويد خلف عن
الاسلام من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب به اسلام الحربي فهو بمنزلة الدعوة اليه اي الى الاسلام
وهي نفع ولانه مقابل بالجزية وهي نفع ولانه مفروض عند مسالتهم ذلك يعني ان الكفار اذا طلبوا عقد
الذمة يفترض على الامام اجابتهم اليه واسقاط الفرض نفع فافترقا قوله فهو على الخلاف يعني على قول
ابي حنيفة لا يصح امانه وعند محمد يصح بالاتفاق اي باتفاق اصحابنا ليس على الخلاف لانه تصرف دائر بين
النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد الاذن والله اعلم
باب الغنائم وقسمتها
لما فرغ من ذكر الامان ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من اهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها ان
يخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة واذا افتتح الامام بلدة عنوة اي قهرا وقال في النهاية وقوله قهرا ليس
بتفسير له لغة لان عنى عنوا بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهرا متعد بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن
لان من الذل يلزم القهر او ان الفتح بالذل يستلزم القهر فهو بالخيار ان شاء قسمه اي قسم البلدة بتاويل
البلد بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى
اراضيهم الخراج كذا فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين فان
قيل قد خالفه في ذلك جماعة اجاب بقوله لم يحمد من خالفه تريد به نفرا يسيرا منهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر
فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف اي ماتوا جميعا وفي كل من ذلك قدوة فيتخير
ولقائل ان يقول لانم ان احدا من الصحابة بل اكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله
عليه وسلم اذا لم يصل الى حد الاجماع والجواب عنه من وجهين احدهما ان فعل النبي صلى الله عليه وسلم اذا لم يعلم
انه عليه السلام على اي جهة فعله يحمل على ادنى منازل افعاله وهو الاباحة والاباحة لا تستوجب العمل لا محالة فاذا
ظهر دليل الصحابي جاز ان يعمل بخلافه والثاني انه على تقدير انه عليه السلام على اي جهة فعله يحمل على ادنى
منازل افعاله وهو الاباحة والاباحة لا تستوجب العمل لا محالة فاذا ظهر دليل الصحابي جاز ان يعمل بخلافه والثاني
انه على تقدير انه عليه السلام فعل ذلك وجوبا فان عمر رضي الله عنه فعل ما فعل مستنبطا من قوله تعالى
والذين جاءوا من بعدهم بعد قوله تعالى وما افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى فيكون
ثابتا باشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب احدهما يتعين بفعل الامام كالواجب المخير كما في
خصال الكفارة بفعل النبي صلى الله عليه وسلم احدهما وعمر رضي الله عنه الاخر وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى
هو الاول عند حاجة الغانمين كما فعل النبي عليه السلام فانه كان عند حاجة المسلمين والثاني عند عدم الحاجة
كما فعل عمر رضي الله عنه ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا اي اقرار اهل بلد على بلدهم بالمن عليهم في العقار
اما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد بان يدفع اليهم مجانا وينعم به عليهم وانما قيد المنقول بالمجرد لانه يجوز
المن عليهم في المنقول بطريق التبعية بالعقار وذلك قوله بعد هذا وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع
اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيا لهم العمل قوله لانه لم يرد به اي بالمن الشرع فيه اي في المنقول المجرد وفي
العقار خلاف الشافعي فانه لا يجوز المن فيه قال لان في المن ابطال حق الغانمين عندكم لان حقهم قد ثبت
وتاكد بالاحراز فقد صار محرزا بفتح البلدة واجراء احكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك او ملكهم يعني عندي
ابطال كل واحد من الحق والملك من غير بدل يعادله فان قيل الخراج غير معادل لقلته فان قيل الحق او الملك
ثبت في اراضيهم ايضا وجاز المن لا بقيمتها اجاب بقوله بخلاف الرقاب يعني ان حقهم لم يتعلق بها لان للامام ان
يبطل حقهم ذاتا بالقتل فكذا له ان يبطله بالخلف وهو الجزية وهذا الاراضي خلقت في الاصل او الملك ثبت
بعارض فان الامام اذا استرقهم فقد بدل حكم الاصل فاذا جعلهم احرارا فقد نفى حكم الاصل فكان جائزا والحجة
عليهم ما رويناه يعني من فعل عمر رضي الله عنه قوله ولان فيه نظرا اي ولان تصرف الامام وقع على وجه النظر في
اقرار اهلها عليها لانه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكر عليهم العدو وربما لا يهتدون
لذلك العمل ايضا فاذا تركها في ايديهم وهم عارفون بالعمل صاروا كالاكرة اي المزارعين العاملة للمسلمين
العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين ياتون من بعد كان فيه نظر لا محالة فيكون
جائزا قوله والخراج وان قل جواب عن قوله والخراج غير معادل لقلته وتقريره الخراج وان قل حالا لكونه

لبعض ما يمكن ان يخرج في سنة فقد حل ما الدوام وجوبه كل سنة وقوله وان من عليهم ظاهر وقوله ليخرج عن حد
الكراهة معناه ما قال الامام التمرتاشي فان من عليهم برقابهم واراضيهم وقسم المن والدرية وسائر الاموال
جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال ولا بناتهم جابكن به تزجية العمر الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل
في الاراضي قال وهو في الاسارى بالخيار اي الامام فيما حصل تحت يده من الاسارى مخير بين الامور الثلاثة
ان شاء قتلهم لانه صلى الله عليه وسلم قتل عقبة بن معيط والنضر بن الحارث بعد ما حصلا في يده وقتل بني قريظة
بعد ثبوت اليد عليهم فان اسلموا سقط عنهم القتل لانه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر فاذا زال سقط القتل
وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام فان اسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق
لان الرق جزاء الكفر الاصلي على ما عرف بخلاف ما اذا اسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل ولا الاسترقاق
ايضا لانه صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ وان شاء تركهم احرارا
ذمة للمسلمين لما بينا من فعل عمر رضي الله عنه فان قيل فاقتلوا المشركين ينافي ترك قتلهم فلا يجوز اجيب بانه ترك العمل به
في حق اهل الذمة والمستامن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه وقوله الا مشركي العرب
من قوله وان شاء تركهم احرارا ولقائل ان يقول هذه الادلة تدل على خلاف المدعى لان المدعى هو ان يكون
الامام مخيرا بين الامور الثلاثة والادلة تدل على وجوب كل واحد منها لانه قال لان فيه حسم مادة الفساد
وذلك واجب لا محالة ثم قال لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وهو كالاول واقوى ثم استدل
بفعل عمر رضي الله عنه بقوله لما بينا وهو انما يطلع على تعذر ان يكون ما فعله واجبا والا لزم التخيير بين الواجب
وغيره وهو لا يجوز والجواب ان كل واحد من الامور واجب والامام مخير بينها كما في الواجب المخير وقوله
ولا يجوز ان يردهم ظاهر قوله ولا يفادي بالاسارى اي لا يعطي اسارى الكفرة ويؤخذ منهم اسارى المسلمين
ولا يجوز الفداء بالمال وجعل في السير الكبير قوله اظهر الروايتين عن ابي حنيفة ووجه ذلك ما ذكره ان فيه تخليص
المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله وله ان فيه تقويته وفي بعض النسخ معونة ظاهر ويجوز ان يبرز
هذا اي ميز ز دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما في صورة الترس عند التترس بالمسلمين واما المفاداة باخذ
المال منهم في اطلاق اسرائهم فلا يجوز في المشهور من مذهب اصحابنا لما بينا ان فيه تقوية او معونة للكفرة بعودهم
حربا علينا وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر وسيجيء جوابه وقوله ولا
يجوز المن عليهم المراد بالمن عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل خلافا للشافعي
رحمه الله فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر يعني ابا عزة الجمحي ولنا قوله
تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه للغانمين فلا يجوز
اسقاطه بغير منفعة وعوض كسائر الاموال المتقومة وما رواه من المن على ابي عزة فهو منسوخ بما تلوناه وكذا
وكذلك قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء وكذلك قصة اسارى بدر لان سورة براءة اخر ما نزلت وقد تضمنت
وجوب القتل على كل حال بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكان ناسخا لما تقدم كله ولقائل ان
يقول قد اجمعوا على انه مخصوص فخص منه الذمي والمستامن فجاز ان يخص منه الاسير قياسا عليهما او بحديث
ابي عزة او غيرهما والجواب ان قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهي المناط
وكذا على المستامن لعدم استحقاق رقبته وحديث ابي عزة متقدم على الاية وغيرهما غير موجود او غير معلوم
فلا يصح التخصيص بشيء من ذلك والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم والمكلبة بضم الكاف
وفتحها لمعنى وكلامه ظاهر قال ولا تقسم غنيمة في دار الحرب لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف
جاز والتاخير الى الخروج الى دار الاسلام احب الي وقال الشافعي لا باس بذلك والاصل ان الملك
لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل
ذكرها في الكفاية اي في كفاية المنتهي منها ان الامام اذا باع شيئا لا لحاجة الغزاة او باع احد الغزاة
فانه لا يصح عندنا لعدم الملك وكذا لو اتلف احدهم شيئا في دار الحرب لم يضمن وكذا لو مات احدهم لا يورث
سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة في دار الحرب شاركوهم في الغنيمة وقوله له ان سبب الملك
ظاهر وقوله ولنا اي الثبات اليد الناقلة الى دار الاسلام منعدم لقدرتهم اي لقدرة الكفرة على
الاستنقاذ ووجوده اي وجود الاستنقاذ ظاهرا لكون المسلمين في ديارهم وقوله ثم قيل موضع
الخلاف اي ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة من الامام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك
لمن وقعت القسمة في نصيبه من الاكل والوطء وسائر الانتفاعات اولا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت
وقوله لان حكم الملك لا يثبت بدونه اي بدون الملك معناه ان ترتب هذه الاحكام دليل ثبوت
الملك

بدون ام

الكفرة

اجيب

المفادات بين الاثنين يقال فاداه اذا اطلقه واخذ فديته ومنه قوله ولا يفادي صح

يعني قسمة الغنائم في دار الحرب صح

من الغنايم

الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة فعنده مترتبة بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك
وعندنا ليست بمترتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم
عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول وانما قيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف
فانه اذا قسم مجتهد اجاز بالاتفاق وقوله وقيل الكراهة اي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا
الكراهة لا عدم الجواز فان في القسمة من قطع شركة المدد فيقل رغبتهم في اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم
تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا امر وراء نفس القسمة فلا يمنع جوازها وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال
على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام وفيه نظر
لان هذا يشير الى ان قول محمد خلاف قول ابي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فانه لا خلاف
بينهم في ظاهر الرواية الافضلية منقولة عن ابي يوسف كما ذكرنا وايضا قوله على قول ابي حنيفة وابي
يوسف لا يجوز القسمة تدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي الكلام هذا الموضع لا يخلو عن
تسامح والمخلص عنه انهم اختلفوا في المراد بقوله ولا تقسم غنيمة في دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد
به عدم جواز القسمة حتى لا يثبت الاحكام المرتبة على القسمة وقال بعضهم المراد الكراهة وعلى هذا فقوله
على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة انما يصح على قول الاولين وقوله وجه الكراهة ان دليل
البطلان راجح لكونه محرما والمحرم راجح على المبيح الا انه تقاعد عن سلب الجواز لعكس الاتفاق اما عند الشافعي
فيجوز مطلقا واما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والدابة ونحو ذلك فلا يتقاعد عن اثبات
الكراهة لان الدليل المرجوح ما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر
الحمار قال والردء والمقاتل في العسكر سواء الردء هو العون والمقاتل هو المباشر في العسكر في استحقاق
الغنيمة سواء لاستوائهم في السبب وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا او شهود الوقعة عنده اي فيقع
على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا من الاستواء في السبب وقوله واذا لحقهم المدد وقوله
بناء على ما مهدناه من الاصل يريد به ما مر ان سبب الملك عنده هو الاخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب
هو الاحراز فاذا شاركهم المدد بعد الاحراز الذي يتم به السبب شاركوهم لتاكد الحق به كما لو التحقوا
بهم في حالة القتال وانما ينقطع المشاركة بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل
منها يتم الملك فينقطع شركة المدد وقوله ولا حق لسوق العسكر في الغنيمة باطلاقه يفيد نفي السهم الكامل
والرضخ وكذا ذكر في المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو الا ان يقاتلوا
فلهم السهم وقال الشافعي يسهم لهم في قول لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى
بتكثير السواد وقوله ولنا انه لم يوجد المجاوزة واضح وما رواه من قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة موقوف على عمر رضي
الله عنه ومثله ليس بحجة عنده لانه لا يرى تقليد الصحابي او تاويله ان شهدها على قصد القتال الا ترى ان الكفار يشهدون ولا
وليس لهم شيء وان لم يكن للامام حمولة يحتاج الى ما يحمل عليه من بعير او فرس او بغل او حمار قسمها بين الغانمين قسمة
ايداع وكلامه واضح وقوله لانه ابتداء اجارة اي من كل وجه هذا احتراز عن اجارة منعقدة في حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة
بالاتفاق كما في مسئلة السفينة فان من استاجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة
اخرى باجر المثل لغرض المالك وقوله وصار كما اذا نفقت دابته يعني في كونه ابتداء اجارة من كل وجه وقوله
ويخيرهم في رواية السير الكبير ظاهر ويكون الاجر من الغنائم يعني بعد اخراج الخمس لان في هذا الاستئجار منفعة للغانمين
فكان كالاستئجار لسوق الغنم والرمك وحق اصحاب الحمولة لا يمنع صحة الاستئجار لان شركة الملك هي التي
تمنع صحة الاستئجار لا شركة الحق كما في بيت المال ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة واضح مما تقدم وقوله
ولا ملك قبل الاحراز فيه نظر لانه تناقض قوله فيما تقدم اذ بكل منها يتم الملك والجواب انه ترك ذكر القسمة
في دار الحرب وبيع الغنائم فيها ههنا اعتمادا على ذكره هناك او لان ذلك لعارض الحاجة والا اعتبارا للامور
الاصلية وقوله وقد بيناه اي مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب وقوله ولا باس بان يعلف العسكر اي دوابهم
العلف في دار الحرب وقوله ولم يقيده بالحاجة يعني القدوري في مختصره وقد شرطها يعني محمد في رواية
السير الصغير ولم يشترطها في الاخرى وهي رواية السير الكبير ووجه كل منهما ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله
ويعلف ظهره اي دابته ولفظ الظهر مستعار لها والمراد الطعام يعتبر حقيقتها اي حقيقة الحاجة في السلاح
وقوله والدابة مثل السلاح يعني في اعتبار الحقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر حاجة الركوب اما اذا اعتبر فيها
الاكل فهي كالطعام واستعمال الحطب وبعض النسخ الطيب قيل وليس بصحيح لان القدوري نفسه قال في
شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب اما الحطب فلتعذر النقل من دار الاسلام جاز استعماله

وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم صح صح

عن اصحابنا وفي غيره ظاهر الرواية صح

في

ق

لا هل

كما في العلف وأما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن المأكول كالزيت لأنه لما كان مأكولا كان صرفه إلى بدنه كصرفه
إلى أكله وإذا لم يكن مأكولا لا ينتفع به بل يرده إلى الغنيمة وقوله ويوقحوا به الدابة التوقيح تصليب حافرها
بالشحم المذاب إذا حفي من كثرة المشي ونقل عن المص رحمه الله بالراء من الترقيح وهو إصلاح المال وكذا قرأنا على أكثر
قال صاحب المغرب والراء خطأ لأن الأول هنا أولى والأليق قلت هذا التعليل إن كان منقولا عنه
فهو مناقض لأن ترك الأولى لا يسمى خطأ وقوله وتأويله أي احتياج المص إلى هذا التأويل لأنه إذا احتاج
الغازي إلى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقوله وقد بينا إشارة إلى قوله
بخلاف السلاح لأنه يستصحبه إلخ وقوله ولا يجوز أن يبيعوا أي ولا يجوز أن يبيعوا بالذهب والفضة
ولا يتمولونه أي يبيعونه بالعروض وقوله على ما قدمناه يعني أنه لا يملك قبل الإحراز وكلامه واضح
يباح له الانتفاع في الفصلين أي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب قال ومن أسلم منهم
إنما احتاج المص إلى قوله معناه في دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستأمن دخل دارنا بأمان فأسلم فيها
ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فإن أولاده وأمواله كلها فيء والفيء ما نيل من الكفار بعد ما يضع الحرب
أوزارها وتصير الدار دار إسلام وقوله لأن الإسلام ينافي ابتداء الاسترقاق لأنه يقع جزاء الاستنكاف
عن عبادة ربه لأنه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله بأن صيره عبد عبيده ولما كان مسلما وقت
الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن الاسترقاق
حالة البقاء فإن الإسلام لا ينافيه كما تقدم وقوله وأولاده الصغار وكل مال بالنصب بالعطف على مفعول
أحرز وقوله في يد صحيحة احترازا عن يد الغاصب وقوله محترمة احترازا عن يد الحربي وقوله وقيل هذا أي كون
عقاره فيئا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير فأما ما كان
في يده من المال فهو له إلا العقار فإنه في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أستحسن في العقار أن أجعله
له لأنه ملك محترم له كالمنقول وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد إلا أن كان عنه أيضا
روايتان فقد ذكر الخطب إذن ذلك وقوله عندهما أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن اليد على
العقار إنما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الأحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد
الظهور يد الغانمين فيها أقوى من يده لغلبتهم وعند محمد يثبت وزوجته فيء لأنها كافرة لا تتبعه في الإسلام
لأن المسلم يتزوج الكتابية وسبق كتابية ولم تصر مسلمة تبعا لزوجها إذ هو من باب الاعتقاد وكذا حملها فيء
خلافا للش فيقول الحمل هو يقول إنه أي الحمل مسلم بتبعية أبيه والمسلم لا يسترق كالولد المنفصل ولنا أنه
جزؤها وهي قد صارت فيئا بجميع أجزائها ألا ترى أنه لا يجوز أن يستثني الجنين في إعتاق الأم كما لا يستثنى
سائر أجزائها وكما أن الحمل لا يصير عند إعتاق الأم مستثنى بحال فكذا في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى
بعد ما ثبت الرق في الأم وقوله والمسلم محل للتملك جواب عن قوله إنه مسلم تبعا وتقريره سلمنا أنه مسلم
تبعا لكن المسلم محل التملك تبعا لغيره كما إذا تزوج المسلم أمة الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الأم وإن
كان مسلما بإسلام الأب وقوله بخلاف المنفصل جواب عن قوله كالمنفصل ظاهر وكذلك قوله وأولاده الكبار
فيء ومن قاتل من عبيده فيء لأنه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لأهل الدار وأهلها فيء ومن لم يقاتل فليس جزء لأنهم
أتباعه وقوله وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان أو وديعة لأن يده ليست بمحترمة اعترض بأنه لما قام مقام غيره
فإنما يعمل بوصف الأصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب
أن يكون يده كيد المسلم محترما نظرا إلى نفسه لا غير محترم نظرا إلى الحربي وأجيب بأن قيام يد المودع على الوديعة
حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبار الحكمي إن أوجب العصمة فاعتبار الحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة
لأن المال في أصله على صفة الإباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك وإنما يثبت التبعية أن لو كانت يد المالك
المعصومة له حقيقة وحكما أو حكما مع الاحترام لأنه بدون الاحترام تعارضها جهة الإباحة الأصلية فلا يثبت لذلك
وقوله وما كان غصبا في يد مسلم اختلف نسخ الهداية في هذا الموضع فبعضها وقع هكذا وما كان غصبا في يد مسلم
وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا
ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد وهو ليس بصحيح لأنه ليس
بمذكور في الجامع الصغير السير الكبير بلفظ قالا بل ليس لأبي يوسف فيه ذكر وبعضها وقع هكذا وذكر قول أبي يوسف
مع قول أبي حنيفة محمد وبعضها وقع هكذا فهو فيء عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا ذكر
الاختلاف في السير الكبير وذكر في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد هذا هو الصحيح المطابق
لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير لهما أن المال تابع للنفس لكونه وقاية لها والنفس صارت معصومة
بالإسلام

من ماله

الدار عليه

مع قول أبي حنيفة وهو أيضا ليس بصحيح لأن المذكور في السير الكبير وفي الجامع الصغير قولا أبي يوسف م

بالإسلام فيتبعها ماله فيها ولأبي حنيفة أنه أي المال الذي غصبه المسلم أو الذمي من الحربي الذي أسلم مال مباح لأنه ليس
بمعصوم لعدم الإحراز حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنه ليس في يد نائبه لكونه في يد الغاصب وهو
ليس بنائب بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف وقوله والنفس لم تصر معصومة جواب عن
قولهما وقد صارت معصومة بالإسلام وتقريره لا نسلم أنها صارت معصومة بالإسلام وتقديره لا نسلم أنها صارت
معصومة بالإسلام الآدمي أنها ليست بمتقومة حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب كان قيل لو لم
تكن معصومة لما كانت محرم التعرض كالحربي وليس كذلك أجاب بقوله إلا أنه محرم التعرض في الأصل لكونها
مكلفة لتتقوم بما كلفت به وإباحة التعرض إنما هي بعارض شره وقد اندفع بالإسلام فعادت إلى أصلها لا
باعتبار أنها معصومة بخلاف المال لأنه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وكان المقتضي موجودا والمانع منتفيا
لأن المانع كونه في يده حقيقة أو حكما مع الاحترام وهذا ليس في يده حكما لأن يد الغاصب ليست نائبة عن يد المالك
فلم يثبت العصمة فيجعل كأنه ليس في يد أحد وكان أولى وقوله وإذا خرج المسلمون ظاهر وقوله معناه إذا لم تقسم
يعني الغنيمة وقوله اعتبارا بالمتلصص فإنه إذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام
فأخذوا أشياء فهو لهم ولا تخمس لأنه ليس بغنيمة إذ الغنيمة هو المأخوذ قهرا بإذن الإمام بل هو مباح سبقت أيديهم
إليه وقوله وبعد القسمة يتصدق بها أي إذا جاؤوا بما فضل من طعام أو علف أخذوا من الغنيمة بعد قسمة الإمام
الغنيمة في دار الإسلام يتصدق بها ويتناول رجل محتاج أي محتاج وقوم من وجوه وقوله لتعذر الرد على الغانمين
يعني لتفرقهم وقوله فأخذ حكمه أي أخذت القيمة حكم الأصل وإنما ذكر ضمير القيمة على تأويل ما يقوم
أو على تأويل المذكور يعني لو كان فاضل الغنيمة الذي كان معه قائما بعينه وهو فقير فقد حل له التناول
فكذا يحل له التناول من قيمته لأن القيمة تقوم الأصل فصل في كيفية القسمة لما بين أحكام الغنائم
لا بد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج
خمسها لقوله تعالى فأن لله خمسه استثنى الخمس أي أخرجه استعار الاستثناء للإخراج لوجود معناه فيه ويقسم
الأربعة الأخماس بين الغانمين بالكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فلأن الله تعالى قال واعلموا أنما غنمتم
من شيء أضاف الغنيمة إلى الغانمين وهم الغزاة ثم قال فأن لله خمسه فكان بيان ضرورة أن بقية الأخماس
للغزاة وقد عرف ذلك في أصول الفقه وأما السنة فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ولأن
الأربعة الأخماس للغانمين بالإجماع فيقسم بينهم إيصالا للحق إلى مستحقه ثم كيفية القسمة أن يعطى الفارس سهمين
والراجل سهما عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا وهو قول الشافعي للفارس ثلاثة أسهم ورووا في ذلك ما ذكر
في الكتاب والغناء بالفتح والمد الإجزاء والكفاية والكر الحملة والفر مصدر الفرار إذا كان لأجل أن يكون الكر أشد
كان من الجهاد والفرار في موضعه محمود لئلا يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ولأبي
حنيفة ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو ظاهر وذكر طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الأصول فإن الأصل
أن الدليلين إذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار إلى ما بعده لا إلى ما قبله وهو قال فيعارض فعلاه
فيرجع إلى قوله والشكل المعهود في مثله أن يستدل بقوله ويقول فعله لا يعارض قوله لكون القول أقوى بالاتفاق
وقوله وإذا تعارضت روايتاه يرجح رواية غيره أي سلمت عن المعارضة فعلها يعني رواية ابن عباس رضي الله
عنهما وقوله فيكون غناؤه مثل غناء الراجل لأن نفس الفرار بجنس إذا فعل لأجل الكر فيكون من جنس واحد ولأنه
يتعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته يعني قد يزيد الفارس على فارس آخر والراجل على راجل آخر في الغناء
والوقوف على تلك الزيادة متعذر لأنها تظهر عند المسايفة وكل منهم مشغول بروحه وإذا كان متعذرا أوله سبب
ظاهر أدير الحكم عليه وللفارس سببان نفسه والفرس وللراجل سبب واحد وهو نفسه وكان استحقاق الفارس
على ضعفه وقوله ولا يسهم إلا لفرس واحد واضح وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله صلى الله عليه
وسلم والرجوع إلى ما بعدهما وهو القياس بقوله ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة ولا يكون السبب
الظاهر مفضيا إلى زيادة الغناء بالقتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس وقوله
وما رواه محمول على التنفيل إلخ استظهار في تقوية الدليل لأن ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج إلى جواب عنه
أو تأويل له والبراذين والعتاق سواء البراذين جمع برذون وهو فرس العجم والعتاق الكرائم يقال عتاق
الطير والخيل لكرائمها والعراب خلاف فرس العجم والهجين ما يكون أبوه من الكوادن وأمه عربية والكودن البرذون
ويشبه به البليد والمقرف عكس الهجين وإنما تصدى بذكر التسوية بين البرذون والعتاق لأن أهل الشام يقولون
لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا رجحنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله
إلى عطف بفتح العين وكسره فمعنى الفتح الإمالة ومعنى الكسر الجانب قال ومن دخل دار الحرب فارسا

يعني أن حرمة التعرض ليست لكونها معصومة بل إنما هي باعتبار أن النفس على الإطلاق محرم التعرض م

فيا

مقام

والفرار

ليس بمحمود بل الفرار

كما في العلف واما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن الماكول كالزيت لانه لما كان ماكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه
الى اكله واذا لم يكن ماكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة وقوله ويوقح به الدابة التوقيح تصليب حافرها
بالشحم المذاب اذا حفي من كثرة المشي ونقل عن المص رحمه الله بالراء من الترقيح وهو اصلاح المال حكذا قرانا علي الشيخ
قال صاحب المغرب والراء خطا لان الاول هنا اولى واليق قلت هذا التعليل ان كان منقولا عنه
فهو مناقض لان ترك الاولى لا يسمى خطا وقوله وتاويله الخ اي احتاج المص الى هذا التاويل لانه اذا احتاج
الغازي الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقوله وقد بينا الاشارة الى قوله
بخلاف السلاح لانه يستصحبه الخ وقوله ولا يجوز ان يبيعوا اي ولا يجوز ان يبيعوا بالذهب والفضة
ولا يتمولونه اي يبيعونه بالعروض وقوله على ما قدمناه يعني انه لا يملك قبل الاحراز وكلامه وانما
يباح له الانتفاع في الفصلين اي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب قال ومن اسلم منهم
انما احتاج المص الى قوله معناه في دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستامن دخل دارنا بامان فاسلم فيها
ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان اولاده واموالهما كلها في وانفي ما نيل من الكفار بعد ما يضع الحرب
اوزارها وتصير الدار دار الاسلام وقوله لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق لانه يقع جزاء الاستنكافه
عن عبادة ربه لانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله بان صيره عبد عبيده ولما كان مسلما وقت
الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن الاسترقاق
حالة البقاء فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم وقوله واولاده الصغار وكل مال نصب بالعطف على مفعول
احرز وقوله هو بيده صحيحه احتراز عن يد الغاصب وقوله محترمه احتراز عن يد الحربي وقوله وقيل هذا اي كون
عقاره فيا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير فما كان
في يده من المال فهو له الا العقار فانه في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف استحسن في العقار ان اجعله
له لانه ملك محترم له كالمنقول وعند الكاتب مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد الا ان كان عنه ايضا
روايتان فيقدها ان الخطب اذ ذاك وقوله عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف لان اليد على
العقار انما يثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد
الظهور يد الغانمين فيها اقوى من يده لغلبتهم وعند محمد يثبت وزوجته في لانها كافرة لا تتبعه في الاسلام
لان المسلم يتزوج الكتابية وتبقى كتابية ولم تصر مسلمة تبعا لزوجها اذ هو من باب الاعتقاد وكذا الحمل في
خلافا لك فعي في الحمل هو يقول انه اي الحمل مسلم بتبعية ابيه والمسلم لا يسترق كالولد المنفصل ولنا انه
جزءها وهي قد صارت فيا بجميع اجزائها الا ترى انه لا يجوز ان يستثني الجنين في اعتاق الام كما لا يستثني
سائر اجزائها فكما ان الحمل لا يصير عند اعتاق الام مستثنيا بحال فكذا في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنيا
بعد ما ثبت الرق في الام وقوله والمسلم محل للتملك جواب عن قوله انه مسلم تبعا وتقريره سلمنا انه مسلم
تبعا لكن المسلم محل التملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم امة الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الام وان
كان مسلما بالاسلام ابيه وقوله بخلاف المنفصل جواب عن قوله كالمنفصل ظاهر وكذلك هو له واولاده الكبار
في لانهم كفار حربيون ولا تبعية لانهم بالغون ومن قاتل من عبيده في لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار واهل الدار في ومن لم يقاتل فليس بخارج لانهم
اتباعه وقوله وما كان من ماله في يد حربي فهو في غصبا كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة اعترض بان ما قام مقام غيره
فانما يعمل بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب
ان يكون يده كيد المسلم محترما نظرا الى نفسه لا غير محترم نظرا الى الحربي واجيب بان قيام يد المودع على الوديعة
حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبار الحكمي ان اوجب العصمة فاعتبار الحقيقي يمنعها والعصمة لم يكن ثابتة
لان المال في اصله على صفة الاباحة وعصمته تابعة لمعصم المالك وانما يثبت التبعية ان لو ثبت يد المالك
المعصومة له حقيقة وحكما او حكما مع الاحترام لانه بدون الاحترام يعارضها جهة الاباحة الاصلية فلا يثبت لذلك
وقوله وما كان غصبا في يد مسلم اختلف نسخ الهداية في هذا الموضع فنسخها وقع هكذا وما كان غصبا في يد مسلم
وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو في عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون فيا قال رضي الله عنه كذا
ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شروح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد وهو ليس بصحيح لانه ليس
بمذكور في الجامع الصغير السير الكبير بلفظ قالا بل ليس لابي يوسف فيه ذكر وفي بعضها وقع هكذا او ذكر قول ابي يوسف
مع قول ابي حنيفة محمد وفي بعضها وقع هكذا هو في عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيا قال رضي الله عنه كذا ذكر
الاختلاف في السير الكبير وذكر في شروح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد هذا هو الصحيح المطابق
لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير لهما ان المال تابع للنفس لكونه وقاية لها والنفس صارت معصومة
بالاسلام

بالاسلام فيتبعها ماله فيها ولابي حنيفة انه اي المال الذي غصبه المسلم او الذمي من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه ليس
بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه ليس في يد نائبه لكونه في يد الغاصب وهو
ليس نائبا بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف وقوله والنفس لم تصر معصومة جواب عن
قولهما وقد صارت معصومة بالاسلام وتقريره لا نسلم انها صارت معصومة بالاسلام وتقديره لانسلم انها صارت
معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فلو كان قبل لو لم
تكن معصومة لما كانت متعرضة محرم التعرض كالحربي وليس كذلك اجاب بقوله الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه
مكلفا لتقوم التكليف به واباحة التعرض انما هي بعارض شره وقد اندفع بالاسلام فعادت الى اصلها لا
باعتبار انها معصومة بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وكان المقتضي موجود او المانع مفقود
لان المانع كونه في يده حقيقة او حكما مع الاحترام وهذا ليس في يده حكما لان يد الغاصب ليست نيابة عن يد المالك
فلم يثبت العصمة فيجعل كانه ليس في يد احد وكان وقوله واذا خرج المسلمون ظاهر وقوله معناه اذا لم يقسم
يعني الغنيمة وقوله اعتبارا بالمتلصص فانه اذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام
فاخذوا اشياء فهي لهم ولا تخمس لانه ليس بغنيمة اذ الغنيمة هو الماخوذ قهرا باذن الامام بل هو مباح سبقت ايديهم
اليه وقوله وبعد القسمة يتصدقوا به اي اذا جاوا بما فضل من طعام او علف اخذوا من الغنيمة بعد قسمة الامام
الغنيمة في دار الاسلام يتصدقوا به ويتناول رجل محوج اي محتاج والقوم مبوج وقوله لتعذر الرد على الغانمين
يعني لتفرقهم وقوله فاخذ حكمه اي اخذت القيمة حكم الاصل وانما ذكر ضمير القيمة على تاويل ما يقوم
او على تاويل المذكور يعني لو كان فاضل الغنيمة الذي كان معه قائما بعينه وهو فقير فقد حل له التناول
فكذا يحل له التناول من قيمته لان القيمة تقوم مقام الاصل فصل في كيفية القسمة لما بين احكام الغنائم
لابد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين ويقسم الامام الغنيمة فيخرج
خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس اي اخرجه استعار الاستثناء للاخراج لوجود معناه فيه ويقسم
الاربعة الاخماس بين الغانمين بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فلان الله تعالى قال واعلموا انما غنمتم
من شيء اضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة ثم قال فان لله خمسه فكان بيانا ضرورة ان بقية الاخماس
للغزاة وقد عرف ذلك في اصول الفقه واما السنة فلان النبي صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين واما ان
الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع فيقتسم بينهم ايضا لا للحق اي مستحقة ثم كيفية القسمة ان يعطى الفارس سهمين
والراجل سهما عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وهو قول الشافعي للفارس ثلاثة اسهم وردوا في ذلك ما ذكر
في الكتاب والعنا بالفتح والمد الاخراء والكفاية والكر الحملة والفر مضي الفرار اذا كان لاجل ان يكون الكر اشد
كان من الجهاد والفرار في موضعه محمود لئلا يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة ولابي
حنيفة ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو ظاهر وتكر طريقة الاستدلال انه مخالف لقواعد الاصول فان الاصل
ان الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعده لا الى ما قبله وهو قال فتعارض فعلاه
فيرجع الى قوله والشكل المعهود في مثله ان يستدل بقوله ويقول فعله لا يعارض قوله لكن القول اقوى بالاتفاق
وقوله واذا تعارضت روايتاه يترجح رواية غيره اي سلمت عن المعارضة فيعمل بها يعني رواية ابن عباس رضي الله
عنهما وقوله فيكون غناءه مثلي غناء الراجل لان نفس الفرار انما يحسن اذا فعل لاجل الكر فيكونان من جنس واحد ولانه
يتعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته يعني قد يزيد الفارس على فارس اخر والراجل على راجل اخر في الغناء
والوقوف على تلك الزيادة متعذر لانها تظهر عند المسابقة وكل منهم مشغول بروحه واذا كان متعذرا اوله سبب
ظاهر اديرا الحكم عليه وللفارس سببان نفسه والفرس وللراجل سبب واحد وهو نفسه وكان استحقاق الفارس
على ضعفه وقوله ولا يسهم الا لفرس واحد واضح وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله صلى الله عليه
وسلم والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس بقوله ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة ولا يكون السبب
الظاهر هو مهيء وزيادة الدرب مفضيا الى زيادة الغناء بالقتال عليها فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وقوله
وما رواه محمول على التنفيل الخ استظهار في تقوية الدليل لان ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج الى جواب عنه
او تاويل له والبراذين والعتاق سواء البراذين جمع برذون وهو فرس العجم والعتاق الكرائم يقال عتاق
الطير والخيل لكرائمها والعراب خلاف فرس العجم والهجين ما يكون ابوه من الكوادن وامه عربية والكودن البرذون
ويشبه به البليد والمقرف عكس الهجين وانما تصدى بذكر التسوية بين البرذون والعتاق لان اهل الشام يقولون
لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا ورجحنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله
الى عطفا بفتح العين وكسرها فمعنى الفتح الامالة ومعنى الكسر الجانب قال ومن دخل دار الحرب فارسا

هذا البيان وقت اقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا قوله
وهكذا اي كقوله ان فعن يروي المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني يعني ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم
اشترى فرسا وقاتل فارسا وهي ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان وراي ان المعتبر عندنا في وقت اقامة السبب
مقام ذلك حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من
مداخل الروم درب من دروبها لكن المراد بالدرب ههنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الاسلام ودار الحرب
حتى لو جاوزت الدرب دخلت في حد دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب دخلوا دار الحرب لحرم
الاسلام وعنده حال انقضاء الحرب اي تمامها وهذه رواية عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر مجرد شهود الوا
قعة ودليله يدل على ذلك وكان المص رحمه الله اشار بقوله حال انقضاء الحرب اي احدى الروايتين عنه د
وبالدليل الى الاخرى لان قوله فيعتبر حال الشخص عنده اي عند القتال اشارة الى حال شهود الوقعة
لا الى حال انقضائها قوله والمجاوزة نفسها وسيلة رد لمذهبنا وقوله كالخروج من البيت يعني للقتال فانه وسيلة
الى السبب ولا معتبر به في حال الغازي من كونه فارسا وراجلا فكذلك في هذه الوسيلة قوله وتعليق الاحكام — اعتبارهم
جواب عما سيذكر من تعليلنا ان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وبيانه ان الاحكام تعلقت بوجود
القتال حقيقة كاعطاء الرضخ للصبي اذا قاتل وكذلك المراة والعبد والذمي ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب
عليه الاحكام ولئن سلمنا عسره لكن يجب بكونه راجلا او فارسا بحالة هي اقرب الى القتال وهي شهود الوقعة — تعلق الحكم
لا مجاوزة الدرب ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لان القتال اسم لفعل يترهب به العدو خوف و... مجاوزة الدرب
فهما او شوكة يحصل لهم الخوف فكان قتالا واذا وجد اصل القتال فارسا لم يتغير حكمه بتغير احوالهم بعد ذلك
لان ذلك حالة دوام القتال ولا معتبر بها لانه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه ان يقاتل
فارسا دائما لانه لا بد له من ان ينزل في بعض المضايق خصوصا في المسجد او في الحصن او في البحر قوله
ولان الوقوف على حقيقة القتال واضح على ما ذكرنا قوله ويوهم عجزه يعني يحتمل ان يعجز المكاتب عن اداء بدل
الكتابة فيعود الى الرق فيكون للمولى ولاية المنع ويمنع في الحال بوجود التوهم قوله لانها عاجزة عن حقيقة
القتال ظاهر واعترض عليه بانها لما كانت عاجزة عنه لما صح امانها لانه انما يصح ممن يخاف عليهم القتال لقدرته
على القتال واجيب بان الامان صحته لا تتوقف على القدرة على حقيقة القتال بل يثبت بشبهة القتال لانه
ما يثبت بالشبهات وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها واما السهم من الغنيمة فانها تستحق
بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة عنها ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد فلا يبلغ بسهمه سهم المجاهدين
والاول ليس من عمله اي الدلالة ليست من عمل الجهاد وكانت عملا كسائر الاعمال فتبلغ اجره بالغا ما بلغ قال
واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوي القربى يدخلون
في سهم اليتامى ويقدمون عليهم ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين وابناء السبيل منهم يدخلون
في ابناء السبيل حتى سبب الاستحقاق في هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير ان سببه مختلف في نفسه من اليتم
والمسكنة وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارف لا يستحقون حتى انه لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا كما في الصدقات
ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ
الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل لقوله تعالى ولذي
القربى من غير فصل بين الغني والفقير فيشتركان ولنا ان الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قسموا الخمس
على ثلاثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ولم ينكر عليهم احد فكان اجماعا وقوله قد قال النبي صلى الله عليه وسلم
دليل على انه لم يصرف الى اغنيائهم شيء لانه قال يا بني هاشم ان الله كره لكم غسالة ايدي الناس واوساخهم
وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء يعني ان المعوض
وهو الزكاة لا يجوز دفعها الى الاغنياء فكذلك يجب ان يكون عوض الزكاة وهو السهم من خمس الغنائم لا يدفع
اليهم لان العوض انما ثبت في حق من فاتت عنه المعوض والا يكون عوضا لذلك المعوض فان قيل هذا
الحديث اما ان يكون ثابتا صحيحا اولا فان كان الاول وجب ان لا يقسم الخمس على خمسة اسهم وانتم تقسمونه
على ثلاثة اسهم وهو مخالفة منكم للحديث الثابت الصحيح وان كان الثاني لا يصح الاستدلال به اجيب
بان لهذا الحديث دلالتين احديهما اثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية
جعله على خمسة اسهم ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة اسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين
رضي الله عنهم كما تقدم ولم يقم الدليل على تعيين العوض ممن فات عنه المعوض فعملنا به كما يتمسك على التشهد
على تكرار الصلاة على الجنازة بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة رضي الله عنه سبعين صلاة وهو
لا يقول

سهمهم اي في الاصناف الثلثة بمعنى هذا الكلام ان اليتامى ذوي القربى ...

... ما ذكر كان احكام الاربعة الاخماس واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم ح

لا يقول بالصلاة على الشهيد ولكن نقول للحديث دلالتين فاحديهما باقية وان انتفت الاخرى فان قيل لو
كان ما ذكرتم صحيحا لحرم بنو المطلب لما اعطاهم النبي عليه السلام وقد ثبت انه عليه السلام اعطى بني هاشم وبني المطلب
اجاب بقوله والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في
الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وقصته ما روي عن جبير بن مطعم انه قال لما كان يوم خيبر وضع رسول
الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان
بن عفان حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي
وضعك الله به فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه السلام انا وبنو المطلب
لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه واشار الى النصرة واذا كان كذلك
دل على ان المراد بالنص اعني قوله ولذي القربى قرب النصرة لا قرب القرابة والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع
في الشعب لا نصرة القتال يشير اليه قوله لا نفترق في جاهلية ولا اسلام ولهذا يصرف للنساء والذراري واذا
ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى العطاء لان الحكم ينتهي
بانتهاء علته قوله واما ذكر الله تعالى في الخمس لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوي القربى بين وجه سقوط ما سوى
الثلاثة المذكورة في النص فقال فاما ذكر الله في الخمس يعني قوله تعالى فان لله خمسه فانه لافتتاح الكلام تبركا
بذكره وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي بالاجماع لانه صلى الله عليه وسلم يستحقه برسالته لان الحكم
يترتب على المشتق فيكون المشتق منه علة ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه عليه السلام
مثل درع او سيف او جارية اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى صفية من غنائم خيبر وقال الشافعي
يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه انه كان يستحقه برسالته وسهم ذوي القربى كانوا
يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا يقال
قوله وسهم ذوي القربى موضع مكرر لانا نقول ما ذكره اولا كان في حيز الاستدلال على القسمة
على ثلاثة اسهم وهذا نقل لكلام صاحب القدوري قال اي القدوري وبعده اي وبعد زمن النبي صلى
الله عليه وسلم بالفقر وقال المص رحمه الله وهذا اي استحقاقهم بالفقر قول الكرخي وقال الطحاوي رحمه الله
سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع يعني قوله ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم
قسموه على ثلاثة ولا نظن بهم انه خفي عليهم النص او منعوا حق ذوي القربى فكان اجماعهم دالا على انه لم
يبق استحقاقهم لاغنيائهم وفقرائهم ومنع ان فعلهم الاجماع وسنده ما روي عن ابي جعفر محمد بن علي
رضي الله عنه في الخمس راي اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعمر رضي الله عنهما والاجماع بدون اهل
البيت لا ينعقد وقلنا لا يحل للمجتهد ان يترك راي نفسه براي مجتهد اخر احتمالا فكان ما روي
دل انه كره المخالفة لانه راي الحجة معهما فقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده قوله ولان فيه
اي في سهم ذوي القربى معنى الصدقة لان الهاشمي الذي يصرف اليه فقير اذ لو لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه
اليه بعد النبي عليه السلام باتفاق الروايات عن اصحابنا فلما كان فيه معنى الصدقة حرم ذوي القربى اياه كما
حرم الهاشمي والعامل على الصدقة والعمالة وهو ما يعطى على عمله وقد مر في الزكاة وهذا الدليل انما كان
بالنسبة الى اصحابنا فهو تام وان كان بالنسبة الى الشافعي فليس بدال لان كون المصرف فقيرا ليس الا
في حيز النزاع عنده فانه يستوي بين الغني والفقير بوجه الاول يعني قول الكرخي وقيل هو الاصح ما روي
ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء يعني اجماع الخلفاء الاربعة
الراشدين كما مر اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلاثة كما تقدم في اول البحث وذكر هذه الزيادة الايضا
وانما قال قيل وهو الاصح لان هو صاحب المبسوط اختار قول ابي بكر الرازي ان الفقراء لم يكونوا مستحقين
وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مختار القدوري كما اشار اليه قوله وسهم ذوي القربى كانوا
يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة قوله واذا دخل الواحد والاثنان ظاهر واذا دخل قوله
والمشهور انه يخمس ظاهر ووجه الرواية الاخرى ان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا لاعزاز الدين
فصار كالتاجر لا يعد ركل القهر والغلبة فان قلت قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء مطلق يوجب الخمس وجد
الاذن او لم يوجد اجيب بان الغنيمة اسم لما هو المأخوذ قهرا وغلبة وما اخذه اللص سرقة وما اخذه الواحد
والاثنان اختلاسه فلا يدخل تحت الغنيمة قوله وان دخل جماعة لها منعة السرية نقل الناطفي عن كتاب
الخراج لابي يوسف قال ابو حنيفة كان يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في ارض حرب الكفر للمسلمين لا
يخمس فيما اخذه حتى يصير وانتسع فاذا بلغوا ذلك فهم سرية قوله اذ لو خذلهم الامام حتى غنموا كان فيه وهن

2

تصرف اليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله عم صح

كتابه م

نقله كما هو

المسلمين اي ضعفهم والله اعلم

فصل في التنفيل

التنفيل نوع من التصرف في الغنايم فصل بما قبله بفصل تعالى نفل الامام الغازي اي اعطاه زايدا على سهمه بقوله من قتل قتيلا قوله لا باس بان ينفل الامام يدل على ان قول من قال كلمة لا باس مستعمل فيما يكون تركه اولى ليس بجاري على عمومه فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب لانه تحريض والتحريض مندوب اليه بقوله تعالى يا ايها النبي حرض المومنين على القتال فان قيل الامر المطلق للوجوب فما الصارف عنه الى الاستحباب فالجواب انه يعارضه دليل قسمة الغنايم فانصرف الى الاستحباب وقوله من قتل قتيلا تسمية الشي باسم ما يؤول اليه قوله ثم قد يكون التنفيل بالسلب وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة لان النبي عليه السلام نفل ابن مسعود يوم بدر سيف ابي جهل وكان عليه فضة ولا ينبغي للامام ان ينفل بكل الماخوذ لان فيه ابطال حق الكل وان فعله مع السرية جاز كما ذكر في الكتاب وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا ما اصبتم فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل وكذلك اذا قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي اوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال حق الضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز قوله لانه لا حق للغانمين فيه نظر فانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين ففيه ابطال حق الاصناف الثلاثة وذلك لا يجوز واجيب بان جوازه باعتبار ان المتنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن ثمة ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس على احد الاصناف لما تقدم انهم مصارف لا يستحقونه لكن ينبغي ان يكون المتنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنيا فجعله للغني ابطال حق المحتاجين قوله وقال الشافعي الخ وقوله وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل قيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون نصب الشرع اذا كان بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر وحنين لحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من اخذ اسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب فيحمل على الثاني بحمل السلب لما روينا من حديث حبيب بن ابي مسلمة دفعا للتعارض قوله وزيادة الغنا جواب عن قوله لان القاتل مقبلا اكثر غنا قوله لما ذكرنا اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه يعتد باعتبار مقدار الزيادة او من قوله لان الكر والفر من جنس واحد في فصل كيفية القسمة قوله لما مر قيل اشارة الى ما ذكر في باب الغنايم وقسمتها بقوله ولان الاستيلا اثبات اليد الحافظة والناقلة وما لم يثبت الاحراز بدار الاسلام لم يثبت الناقلة فلم يثبت الاستيلا فلم يثبت الاستيلا لم يثبت الملك قوله لان النفل يثبت به الملك عنده دليله ان المدد لا يشاركونه فيه كما ثبت بالقسمة في دار الحرب وهو ليس بمتفق عليه لان من اصحابنا من يقول قسمة الامام لا تقدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين وكانه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته قوله ووجوب الضمان على الابتدا او قوله قد قيل على هذا لا اختلاف خبره وفي بعض النسخ وقد قيل بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك اي يثبت الملك ووجوب الضمان للمتنفل له على من اتلف من الغزاة سلبه الذي اصابه والاول اولى وانما ذكره دفع الشبهة ترد على قول ابي حنيفة وابي يوسف وبيان ذلك ان محمدا رحمه الله ذكر في الزيادات ان المتلف لسلب نفل الامام يضمن لان الحق متاكد ولم يذكر الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطي على مذهبهما ايضا بعد الاستبرا فقال في دفع ذلك انه ايضا على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن والله اعلم

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار اعقبه بذكر عكسه لاشتماله على احكام مختلفة فكان حليفا بتبويب باب له وافتتح بذكر استيلا الكفار بعضهم على بعض كراهة ان يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع التركي والروم جمع الرومي اي الرجل المنسوب بلادهم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح قوله حل لنا ما نجده من ذلك اي مما اخذه الترك من اهل الروم لان الماخوذ صار ملكا للترك كساير اموالهم قوله لان الاستيلا محظور ابتدا اي في دار الاسلام وانتها اي في دار الحرب بعد الاحراز وقوله على ما عرف من قاعدة الخصم ان المحظور ولو بوجه لا ينتهض سببا للملك كما في البيع الفاسد واما المحظور من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه كما في البيع الباطل كما في كالبيع بالميتة او الدم فانه لا يوجب الملك بالاتفاق ولنا ان الاستيلا ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم قوله وهذا اشارة الى ان الاستيلا ورد على مال مباح وبيانه ان العصمة في المال لحل من يثبت من المسلم والكافر انما يثبت على منافاة الدليل فان الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يقتضي ان لا يكون مال معصوما لحفظه وانما تثبت العصمة لضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة بالاستيلا عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلا لا يتحقق

ودورود الاستيلاء على مال مباح

الا

الا باحرازها بالدار لانه اي لان الاستيلا عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومالا ولهذا الكفار ما داموا في دار الاسلام اقتدروا على الاسلام المحل حالا وانما يقتدرون عليه مالا بالاحراز لانهم ما داموا في دارنا فهم مقهورون بالدار وبالاسترداد يا لعسر محتمل قوله والمحظور لغيره جواب عن قول الخصم ان الاستيلا محظور وتقريره سلمنا انه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه على ما ذكرنا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك كالصلاة في الارض المغصوبة فانها تصلح سببا لاستحقاق على النعم وهو الثواب في الاخرة فلان يصلح سببا للملك في الدنيا اولى فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلا على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازي الذي وقع في قسمته او من الذي اشتراه من اهل الحرب بدون رضى الغازي اجيب بان ثبوت حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم الا ترى ان للواهب الرجوع في الهبة والاعادة الى قديم ملكه بدون رضى الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال وكذا الشفيع ياخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضى المشتري مع ثبوت الملك قوله فان ظهر عليه المسلمون الخ وقوله لانه يثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة فيكل عليه بان الملك ثبت للموهوب له مجانا بخلاف ما يثبت لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما يعوض له بازا ما انقطع من حقه عما في ايدي الباقين واجيب بان الملك هنا ايضا تبع بالعوض معنى لما ان المكافاة مقصودة في الهبة وان لم يكن مشروطا فجعل ذلك معتبرا في اثبات حقه في القيمة قوله ولو كان مغنوما اي ولو كان ما اخذه الكافر من المسلمين مغنوما اي ماخوذا بالقهر والغلبة وهو مثلي كالذهب والفضة والحنطة والشعير ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا لا ياخذه لما بينا انه الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان المشترى بمثله قدرا او وصفا يعني اذا كان ما اخذه الكافر من المسلمين مثليا فان شراه منهم مسلم بمثله قدرا او وصفا ثم جا صاحبه القديم ليس له ان ياخذه منه لانه غير مفيد وانما قيده بقوله قدرا او وصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم باقل قدرا منه او بجنس اخر او بجنسه ولكنه ارديا منه وصفا فان له ان ياخذه بمثل ما اعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربوا لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعود الى قديم ملكه لانه يشتريه ابتدا قال فان اسروا عبدا اذا اخذوا الكفار عبدا او دخلوا به دار الحرب فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن قلنا ان المشتري يتضرر بالاخذ مجانا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فكان الارش حاصلا في ملكه وليس فيه الاعادة الى قديم الملك حتى يكون المولى احق به كالرقبة ومع هذا لو اخذه فانما ياخذه بمثله لان الارش دراهم او دنانير وهو لا يفيد قوله لان الملك فيه صحيح احترازا عن المشتري شرا فاسدا فان الاوصاف هناك مضمونة ولا يحط شي من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن اذا لم يصر بالتناول مقصودا الا ترى انه لو اشترى عبدا ففقئت عينه واخذ الارش ثم قصد بيعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول بخلاف ما اذا اعورت واجاب بعضهم بانه انما يحط في المرابحة للشبهة لانه صار كانه اشترى شيئين بالف ثم باع احدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع الاخر مرابحة لما ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المرابحة تحرزا عن شبهة الخيانة ولا كذلك هنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف تقابلها شي من الثمن فيها حتى لو تهلك المشتري من الدار شيا سقط حصته من الثمن لان المشتري في الذي وجبت الشفعة فيه بمنزلة المشتري شرا فاسدا كما في الغصب فان من غصب جارية فذهبت احدى عينيها ضمن نصف قيمتها فان قيل شرا التاجر هنا بمنزلة شرا المشتري شرا فاسدا في المعنى المذكور وهو وجوب الرد اجيب بان الحاق مسئلة الشفعة بالمشتري شرا فاسدا من حيث وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب نقض البايع الدار على الجار او لانه البيع انه رغب عنه الكار فاذا لم يفعل ذلك صار ذلك مكروها وصار كتمكن الفساد في العقد ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فانه لا يجب عليه العرض على المالك قيل في مسئلة الشفعة ايضا اذا كان هلك بعض المشتري بافة سماوية ولا يقابل الاوصاف شي من الثمن فلم يكن منافيا لمسئلة التاجر واجيب بانها مخالفة في صورة العقد فان المتاع اذا فقا عين الجارية لا يلزمه حط شي من الثمن فلم يكن مخالفا ما اذا استهلك المشتري بعض الاشجار في الشفعة فانه يحط حصته من الثمن قوله وان اشتروا عبدا صورته ظاهرة واعترض على قوله وللمشتري الاول ان ياخذ من الثاني بانا لو اثبتنا حق الاخذ الذي اشتراه من العدو اولا تضرر المالك لانه ياخذ بالثمنين واجيب بان رعاية حق من اشتراه من العدو اولا اولى لان حقه يعود الى الالف التي نقدها بلا عوض يقابلها والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد فكان ما قلناه اولى قوله بخلاف رقابهم اي رقاب احرار الكفار ومدبريهم وامهات اولادهم قوله ولا خيانة من هولا اي من مدبرينا وامهات اولادنا ومكا

تبنا

وانما يعلل الملك القديم بلا بدعن قيام الملك

الذي اخذه بدون العدق واما الاخذ بالثمن

واشكل هذا التعليل بعينه بان الاوصاف انما لا يقابلها شي من الثمن

من حيث ان كل واحد منهما والاوصاف يتعين المشتري

و احرازنا فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم واذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة ايضا حتى لو كان احدهم اهل
الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم قبل القسمة وبعدها بغير شي قال واذا ابق عبد لمسلم فدخل
اليهم اذا ابق عبد لمسلم قالوا قيد بمسلم اتفاقا لان عبد الذمي كذلك فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند
ابي حنيفة وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك وهو ظاهر وقوله لان سقوط اعتباره اي اعتبار يد العبد
لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه لانه حين دخل دار الحرب
فقد زالت يد المولى عنه لا الى من يخلفه لان يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شا ولم يبق
ذلك لا لي له فيصير في يد نفسه وهي يد محترمة تمنع الاحراز فيمتنع الملك لانه لا ملك بدون الاحراز فان قيل
لا نسلم انه زالت لا الى من يخلفه فان يد الكفرة قد خلفت يد المولى لان دار الحرب في ايديهم اجيب بان بين
الدارين حدا يكون في نحو وعند ذلك يظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية و يد العبد يد حقيقية
فلا يتدفع بيد الدار اليه و اليه اشار فخر الاسلام رحمه الله وفيه نظر لان حصول اليد الحقيقية
للعبد في حيز النزاع والجواب ان اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شا وحين دخول
العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلا الكفرة عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقية يعتق وليس كذلك
اجيب بمنع الملازمة لان ظهور يده على نفسه لا تستلزم زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار
غاصبا ملك المولى وجاز ان يوجد المحجه بلا ملكه كما في المغصوب والمشتري قبل القبض فان الملك
للمولى واليد لغيره وقوله بخلاف المتردد يعني في دار الاسلام لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد اهل الدار
تمنع ظهور يده ولذا الموهوب لابنه الصغير كان قابضا له فبقا اليد حكما يمنع ثبوت اليد له فان استولى عليه
المشركون ملكوه واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة ياخذ المالك القديم بغير شي اذا كان موهوبا او مشترا
اما اذا كان موهوبا فظاهر لانه اخذه بغير عوض فلا يتضرر بالاخذ منه واما المشتري فلان المشتري يتدارك
بغير امره وكانه متبرعا حتى لو امره بذلك رجع عليه المشتري بالثمن وان كان مغنوما فكذلك اذا كان
قبل القسمة واما اذا كان بعده فيودي عوضه من بيت المال لانا نصيبه قد استحق فله ان يرجع
على شركائه في الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم فيعوض من بيت المال لان هذه من نوايب
المسلمين ومال بيت المال معد لذلك وقوله وليس له اي للغازي او للتاجر جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ
في زعمه انه ملكه والجعل انما يجب اذا اخذه الاخذ على قصد الرد الى مالكه وقوله وان ند اليهم بعير ظاهر وكذلك
قوله فان ابق عبد اليهم ذهب معه بفرس ومتاع واعترض بانه على قول ابي حنيفة ينبغي ان ياخذ المالك
المتاع ايضا بغير شي لانه لما ظهر يد العبد على نفسه ظهرت على العبد ايضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب
ويد العبد اسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم واجيب بان يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق
فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال واذا دخل الحربي
دارنا بامان واشترى عبدا مسلما او ذميا او اسلم احد ممن كان معه من العبيد اجبر على بيعه من المسلمين
كالذمي يسلم عبده فانه يجبر الذمي ملتزم احكام الاسلام فيجوز اجباره على بيع عبده الذي اسلم والحربي ليس
كذلك اجيب بان الامان ينافي ابقاءهم في ملكه لان فيه استذلالا للمسلم واعطا الامان على ترك ذلك فكان
بالامان ملتزما ما تركه ازالة المسلمين فيلزمه وجهها ظاهر ووجه ابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر
واجب على الامام فان كان في دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الاعتاق لان مال المستامن
معصوم ما دام في دار الاسلام بمقتضى الامان فاذا دخل دار الحرب فقد زالت عصمة ماله فلو كان للامام
ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق لازالة عصمة ماله فاذ لم يكن له ولاية يقيم شرط زوال عصمة
المال وهو تباين الدارين مقام علة الازالة وهي الاعتاق لان الشرط قد يقام مقام العلة اذا لم يمكن
اضافة الحكم اليه كحفر البئر على قارعة الطريق فان قيل اقامة الشرط هنا مقام العلة يستلزم جعل المثبت للشي
مزيلا له وهو باطل كذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز بدارهم ملكوه فكان تباين الدارين
علة لثبوت الملك فيه وههنا جعلتموه مزيلا له وفيه ايضا نقض لقاعدة مطردة هي ان البقا اسهل من الابتدا
فان هذا يفيد ابتدا الملك دون بقاه فالجواب ان تباين الدارين مثبت للملك اذا لم يكن ثابتا للملك
فيما نحن فيه ثابت بالشرا دون التباين فجعل مزيلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر على انا ما جعلنا
مزيلا وانما جعلناه قايما مقام المزيل لغرض صحيح فلم يكن الشي الواحد مثبتا مزيلا وهو الممتنع وبقا الشي
اسهل من الابتدا اذا لم يغير البقا لا يزيل سهولته وههنا بقا المسلم في ذل الكافر صعب يزيل سهولته وقوله كما تقام مضي
ثلاث حيض تمثيل للمسئلة في قيام الشرط مقام العلة فان انقضا ثلاث حيض شرط البينونة في الطلاق

الرجعي

الرجعي اقيم مقام علة البينونة وهي عرض الاسلام وتفريقه بعد الاباء على العاصي عن حقيقة العلة في
اذا اسلم احد الزوجين بدار الحرب وقوله واذا اسلم عبد لحربي ظاهر وقوله لما روي ان عبيدا من عبيد الطايف اسلموا واتوا
ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطايف قال ايما عبد خرج فهو حر فخرج ستة اعبد او سبعة منهم فلما فتحت جا
مواليهم وتكلموا فيهم فقال النبي عليه السلام هم عتقا الله وقوله ولان احرازه متصل بقوله ثم خرج الينا وقوله او بالالتحاق
متصل بقوله او ظهر على الدار وقيد بقوله مراغما اي معاضيا ومنابذا لانه اذا خرج طايعا لمولاه يباع فيه وثمنه
للحربي لانه لم يخرج عن السبيل التغلب فصار كالحربي الذي دخل فيه مستامنا الى دارنا والله اعلم

باب المستامن لما فرغ من بيان الاستيلا الذي هو عبارة عن الاقتدار
على المحل قهرا وغلبة شرع في بيان الاستيمان لان طلب الامان انما يكون بحيث يكون فيه قهر وغلبة وقدم استيمان
المسلم تعظيما له وكلامه ظاهر وقوله والغدر حرام لقوله صلى الله عليه وسلم لاصحاب السرايا ولا تغدروا
وقوله بخلاف الاسير يعني ان الغدر ليس بحرام عليه فانه لا امان للاسرا اذا تمكنوا من قتل قوم من دار الحرب او اخذ
اموالهم وفعلوا ذلك واخرجوا الى دار الاسلام ولامنعة لهم فكل من اخذ شيئا فهوله خاصة فيباح لهم التعرض
وان اطلقوهم طوعا لانه لم يستامن صريحا حتى يكون غادرا باخذ اموالهم وقوله ملكه ملكا محظورا اي خبيثا حتى
لو كانت جارية كره للمشتري ان يطاها لانه قام مقام البايع ووطيها للبايع كان مكروها فكذا المشتري
وقوله وهذا الشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا يعني ان اهل الحرب مباح في نفسه والحظر لمعنى في غيره وهو الامان
فلا يمنع انعقاد الملك وهو الاستيلا على ما بيناه في باب الاستيلا الكفار بقوله والمحظور لغيره اذا صلح
سببا لكرامة تفوق الملك الخ واذا دخل المسلم دار الحرب فادانه حربي اي باعه بالدين او ادانه اي ابتاعه
بالدين وقوله ولاية وقت الادانة اصلا اي لا على المسلم ولا على الحربي ولا على وقت القضا على المستامن وهو ظاهر واذا
لم يقض على الحربي لم يقض على المسلم ايضا تحقيقا للتسوية بينهما وقوله واما الغصب فلانه صار ملكا للذي
غصبه اي سوا كان الغاصب كافرا في دار الحرب او مسلما مستامنا فيها لان مال كل منهما كان مباحا وقت
الغصب في حقه فملكه بالغصب الا ان الغاصب ان كان هو المسلم يفتى برد المغصوب على المالك ولا يقضى عليه
لانه لما دخل دارهم بامان التزم ان لا يغدرهم في اخذ اموالهم على هذا الوجه غدر وقوله على ما بينا يعني
فيما تقدم انما غصب الكافر فقد ذكره في اذا دخل الواحد والاثنان مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا
شيئا فانهم يملكونه وقوله لما قلنا اشارة اي قوله من قبل ان القضا يعتمد الولاية الخ وقوله ولو خرجا
مسلمين ظاهر وقوله فغصب حربيا اي غصب شيئا من حربي فالتقييد المنحصر في خروجهما مسلمين بل لو
المسلم الغاصب والحربي مستامنا كان الحكم كذلك وقوله فعلى القاتل الدية في ماله يعني في العمد والخطا
هكذا ذكر من غير خلاف في عامة النسخ وذكر الامام قاضي خان ان هذا الحكم قول ابي حنيفة رحمه الله
ثم قال وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليه القصاص في العمد لانه قتل شخصا معصوما ليس من دار
الحرب فيجب بقتله ما يجب به في دار الاسلام ولابي حنيفة ان يكثر سوادهم من كل وجه بتوطنهم فيهم
كان مسقطا للعصمة فيكون من وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص وقوله اما الكفارة فلاطلاق الكتاب
يعني قوله تعالى فتحرير رقبة مومنة واما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل
بعارض الدخول بالامان لانه لما كان على قصد الرجوع كانه كان في دار الاسلام حتى لا يقتل الذمي به
فكان القياس وجوب القصاص الا انه لم يجب لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله لما بينا اشارة
الى ان العصمة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وقوله فقلنا اشارة الى
قوله لان العواقل لا تعقل العمد وقوله ولابي حنيفة انه بالاسر صار تبعا لهم يعني واهل الحرب اصول الموصوف
غير معصومين فكذلك الاتباع وقوله وليذا توضيح للتبعية وقوله فيبطل الاحراز اصلا اي يبطل بالعصمة المقومة
بالكلية وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا بتبعية اهل الدار بالتوطن فلم تجب الدية لانها مبنية على تلك العصمة
بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي بالاسلام فصل هذه المسايل عن قبلها لاختلاف
احكامها وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس والعون الظهير على الامر والاعوان و الميرة الطعام يمتاره
[illegible] والجلب والاجلاب الذين يجلبون الغنم والابل للبيع وقوله بعد تقدم الامام يقال
تقدم اليه الامير بكذا اذا امره به وقوله وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة يعني ان
تقدير الحول ليس بلازم بل لو قدر الامام اقل من ذلك على حسب ما رآه جاز لكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر
هو الحول فاذا اقام بعد ذلك في دارنا يصير ذميا قال الامام قاضي خان فاذا مضت سنة بعد ما مضى
المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا

الا ان يكون شرط عليه انه اذا جاوز السنة ياخذ الخراج فحينئذ ياخذ منه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما الجزية وقوله فاذا وضع عليه الخراج لكونه ذميا في النهاية وكذلك لو لزمه عشر فيها كما في قول محمد بان اشترى ارضا عشرية لانها جميعا من مون الارض لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس اذ كل واحد منهما من احكام ديارنا فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي ان يكون من اهل دارنا وقوله فيعتبر المدة من وقت وجوبه اي وجوب الخراج وقوله في الكتاب اي في الجامع الصغير فاذا وضع عليه فهو ذمي تصريح من محمد رحمه الله بشرط الوضع اي بان وضع الخراج عليه شرط في جعله ذميا والمراد من وضع الخراج التزام خراج الارض بمباشرة سببه وهو الزراعة او تعطيلها عنها مع التمكن وفي هذه المسئلة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشرا ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشرا لانه لما اشترى ارض خراج وحكم الشرع فيها وجوب الخراج صار ملتزما حكما من احكام الاسلام كذا ذكره قاضي خان وليس بصحيح لما اشار اليه المص بقوله لانه قد يشتريها للتجارة وقوله فيتفرع عليه اي على ان الوضع شرط احكام جمة فلا يغفل عنه اي عن شرط الجمع الوضع وهي المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطا وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب ان لا يغفل عن شرط الوضع وقوله واذا دخلت حربية بامان ظاهر وكذلك عكسه وكذا قوله ولو ان حربيا دخل دارنا بامان حلال ان قوله لان يد المودع كيد المودع منتقض بما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار فانها تكون فيا فلم تكن يد المودع كيد المودع اذا اتفقا عصمة وقت الايداع وفي صورة النقض ليس كذلك لان دار الحرب ليست دار عصمة قال وما اوجف المسلمون عليه يقال وجف الفرس او البعير عدا وجيفا واوجفه صاحبه ايجافا وقوله وما اوجف المسلمون عليه اي اعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله والجلا بالفتح والمد الخروج عن الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن اوطانهم واجلاهم فجلوا اي اخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى وقوله والجزية بالجر عطف على قوله الاراضي اي بمثل الاراضي التي اجلوا اهلها ومثل الجزية وقوله وقال الشافعي فيها اي في الاراضي التي اجلوا اهلها عنها وفي الجزية وفي بعض النسخ فيهما اي في الاراضي والجزية والخراج وقوله لانه اي ولانه ما اوجف المسلمون عليه من المال وقوله من غير قتال يعني بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين بخلاف الغنيمة لانه اي لان الغنيمة بتاويل المغنوم مملوك بسببين وهو مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس معنى وهو الرعب واستحق الغانمون الباقي بمعنى وهو مباشرة الغانمين القتال وفي هذا اي فيما اوجف المسلمون عليه السبب واحد وهو ما ذكرناه يعني قوله انه مال ماخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس وقوله لما قلنا من قبل اي في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فيء لانها كافرة حربية الخ وقوله واما اولاده الصغار ظاهر وقوله وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا انما قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا في ايديهما يكون فيا لعدم النيابة وقوله فلما قلنا اشارة الى قوله صبيان كبار وليسوا باتباع واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطا وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطا وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في الخطا والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وتحقيقه ان العصمة بسبب لغة وكرامة فتتعلق بما له اثر في استحقاق الكرامات ومن اراق دما معصوما ان كان خطا ففيه الدية والكفارة وان كان عمدا ففيه القصاص كما لو فعل ذلك في دار الاسلام وهذا اي وجوب الدية في الخطا والقصاص في العمد انما كان متثبتا على وجود العاصم الذي هو العصمة الاسلام لان العصمة اصلها الموثمة لحصول اصل الزجر بها فان من علم انه ياثم بقتل مسلم ينزجر عنه نظرا الى الجبلة السليمة عن المثل الى الاعتدال وهي ثابتة فيما نحن فيه اجماعا فانه لا قائل بعدم الاثم على من قتل مسلما في اي موضع كان والعصمة المقومة كمال فيه اي في اصل العصمة لانه اذا اوجب الاثم والمال كان ذلك اكمل واتم في المنع من الذي وجب فيه الاثم دون المال فكانت العصمة المقومة مالا وصف زايد على العصمة التي هي الموثمة فتتعلق بما تعلق به الاصل وهو العصمة الموثمة والعصمة الموثمة تعلقت بالاسلام فالعصمة المقومة كذلك فيجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي اسلم بدار الحرب ولم يهاجر الينا ولنا قوله تعالى وان كان من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة مومنة وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول هذه الاية بالذين اسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا وهو المنقول عن بعض ايمة التفسير ايضا ووجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى فرق بين المومن وبين المومن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم في الاول الدية والكفارة بقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك منا

وجهين

وجهين احدهما انه ذكر بحرف الفا فانه للجزا والجزا اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان كل الموجب ضرورة والثاني انه كل المذكور حيث لم يذكر غيره وذلك يقتضي نفي غيره لان قصد الشارع في مثله اخراج العبد عن عهدة الحكم الملتصق بالحادثة ولا تتحقق ذلك الا بالاشارة الى كل الحكم بلا اخلال فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان وقوله ولان العصمة الموثمة تكون بالادمية دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية في دار الحرب ومشتمل على بيان ان العصمة المقومة ليست بوصف كمال في العصمة الموثمة فتكون تابعة لها وبيان ذلك ان العصمة الموثمة بالادمية لان الادمي خلق متحملا اعباء التكليف اي اثقالها ومن خلق لشي وجب عليه القيام به فالادمي وجب عليه القيام باعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض اي انما يتحقق القيام بها اذا كان حرام التعرض فالادمي وجب ان يكون حرام التعرض مطلقا الا ان الله تعالى ابطل ذلك في الكافر بعارض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل والاموال تابعة لها اي للادمية التي تثبت العصمة الموثمة لها لانها خلقت في الاصل مباحة وانما صارت معصومة لتمكن الادمي من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة للادمية اما العصمة المتقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم هو جبر الفايت لان المتقوم هو الشي الذي يكون واجب الابقا والدوام بالمثل او القيمة وذلك اي جبر الفايت في الاموال دون النفوس لانه انما يحصل بالمثل صورة ومعنى او معنى فقط ولا مماثلة بين النفوس وما يجبر به لا صورة ولا معنى على ما عرف في الاصول وكانت النفوس تابعة للاموال في العصمة ومن هذا اعلم ان العصمة الموثمة اصل مستقل في شي والعصمة ومن هذا اعلم ان العصمة الموثمة اخر وليس لاحدهما بكمال الاخر ولا وصف زايد عليه ثم العصمة المتقومة في الاموال بالاحراز بالدار لانها عزة والعزة بالمنعة فالعصمة المتقومة في الاموال المتقومة والدار انما تكون بالمنعة فلهذا تعرض لذكرها واذا كانت العصمة المقومة في الاموال بالمنعة فكذلك في النفوس لانها تابعة لها كما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب لان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر لما انه اوجب ابطالها واذا لم يكن منعة لا يوجد الاحراز لا توجد العصمة المقومة واذا لم توجد العصمة المقومة لا تجب الدية وهذا في غاية التحقيق خلا انه يوهم ان لا يملكوا اموالنا بالاحراز الى دارهم كما قال به الشافعي رحمه الله ودفعه بان معنى قولنا ان الشرع اسقط اعتبار منعتهم حال كونهم في دارهم واما اذا وقع خروجهم الى دارنا واحرزوا اموالنا لم يدركها فقط والنافلة فقد استولوا على مال مباح كاملا وذلك يوجب الملك لا محالة قوله والمرتد والمستامن جواب عما يقال انهما محرزان بدار الاسلام ذاتا فيجب ان يتقوما حتى لا تجب الدية بقتلهما وكونه المستامن من اهل دارهم حكما لقصده الانتقال ظاهر واما المرتد فكذلك لانه يقصده بعد من العمل وقوله ومن قتل مسلما الخ خطا واضح وقوله وهو العامة او السلطان بان المتردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما في المكاتب اذا قتل عن وفا وله وارث واجيب بان الامام هنا نايب عن العامة فصار كالولي الواحد بخلاف مسئلة المكاتب والله اعلم باب العشر والخراج لما ذكر ما يصير به الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب كل واحد منهما هو الارض النامية وقدم على الخراج لكونه من الوظايف الاسلامية والعشر بضم العين احد اجزا العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض او الغلام ثم سمي ما ياخذه السلطان خراجا فيقال ادى فلان خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج روسهم يعني الجزية والعذيب ماء لبني تميم والجر بفتحتين يعني الحصر لانه وقع في امالي ابي يوسف الصخر موضع الحجر وبطلانه ذلك ان من رواه بكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرفه وتمرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية سمي بذلك المقام به فيكون مهره بدلا من قوله بالتمر وهذا طولها ومن بيترتيب والدهنا رمل عالج اسماء واضع الي مشارق الشام اي فراغا عرضها والسواد اي اراضي سواد العراق الى قرى يسمى بالسواد لخضرة اشجاره وزرعه وحده عرضا من العذيب الى عقبة حلوان وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهي من منازل البادية الى عبادان وهو حصن صغير على شاطي البحر وقيل في موضع الثعلبية العلث بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهي اول العراق بين في دجلة وكلامه واضح وقوله لما قدمناه منها من قبل يعني في اول باب الغنائم وقوله والخراج اليق به يعني من حيث ان فيه معنى العقوبة وفيه تغليظا لوجوبه وان لم يزرع والكافر اليق بالعقوبة والتغليظ وكان القياس في ارض مكة ان يكون واجبة لانها فتحت عنوة اي قهرا لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج وكما لا رق على العرب فكذا الاخراج على ارضهم وقوله وفي الجامع الصغير الى قوله فهي ارض خراج يعني سوا قسمت بين الغانمين او اقر اهلها عليها وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان الفايدة وقوله ومن احيا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها قيل هذا الاطلاق محمول على المقيد وهو ما اذا كان المحيي مسلما واما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كانت من حيز ارض العشر فاذا كان

هذا مفيد ايكونه مسلما وجب ان يفيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بما سبق بما حمته المقاتلة والمال الذي
حملته المقاتلة ما الخراج فلهذا اوجب الخراج اذ اسقاه بماء الخراج اي هذا اختار شمس الائمة رحمه الله وقوله والبصرة
في حيز الارض الخراجية وان احياها فيما مسلم يجب عليه العشر ووجهه ان القياس ذلك لكن ترك باجماع الصحابة
رضي الله عنهم وقوله لان حيز الشيء يعطى له حكمه دليل ابي يوسف على مذهبه كفناء الدار يعني فناء الدار يعطى حكم
الدار في حكم الانتفاع وان لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذلك هنا تعطى هذه الارض
المحياة حكم جوارها لاتصالها به ولا نظر في اعادة قوله وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لكونها ارا لانها
الاول رواية القدوري والثاني ذكره شرح الذكر وله الملك على طريق الكوفة من بعد او ورد حرد ملك
من ملوك العجم وقوله لما ذكرنا من قبل اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بالماء والخراج الذي
وضعه عمر رضي الله عنه اعلم ان الخراج على نوعين خراج وظيفة وهو ان يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الا
نتفاع بالارض في كل جريب وهو ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على
ذراع العامة بقبضة فصار هاشمي وهو الصاع من حنطة او شعير على ما قال الامام قاضي خان في فتاواه ومما يزارع
فيها على ما ذكر في شرح الطحاوي ودرهم وقوله والكرم اخفها يعني واكثرها ربعا لانه يبقى على الابد بلا مؤنة
والمزارع اكثرها مؤنة لاحتياجها الى الزراعة والقاء البذر في كل عام والرطاب بينهما تبقى اعواما ولا تدوم
دوام الكروم فكانت فوق مؤنة الكروم ودون مؤنة الزراع وخراج مقاسمة وهو ان يكون الواجب شيئا من الخارج
كالخمس والسدس ونحو ذلك لانه فوق مؤنة الكروم ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه فيعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها
في الموظف من انه لا يضاف ان لا يزاد على النصف وقوله والبستان كل ارض يحوطها حائط وهو ان غلب على ارض
الخراج الماء او انقطع عنها فلا خراج عليه بالاتفاق لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما
اصطلم الزرع افة اي استاصله من شديد او برد شديد ونحو ذلك فلا خراج ايضا لانه فات النماء التقديري
الذي اقيم مقام النماء الحقيقي في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة فان من اشترى
جارية للتجارة فمضى عليها ستة اشهر ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة لانها لم تبق نامية في جميع الحول ولقائل ان يقول ان الحكم
على الحقيقة عند خروج الخارج يعني ان النماء التقديري كان قائما مقام الحقيقي فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم
به لكونه الاصل وقد هلك فيهلك معه الخراج فان قيل اذا استاجر ارضا للزراعة واصطلم الزرع افة لم يسقط
الاجر فما الفرق بينه وبين الخراج اجيب بان الاجر يجب الى وقت هلاك الزرع لا بعده وليس الاجر كالخراج لانه وضع
على مقدار الخارج اذا اصلحت الارض للزراعة فاذا لم يخرج شيء جاز اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخارج
في زاي به وان لم يخرج ثم قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من
السنة مقدار ما يمكن ان يزرع الارض ثانيا اما اذا ابقى فلا يسقط الخراج قال وان عطلها صاحبها
فعليه اي الخراج اذا اعطل الارض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قيل
هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها اما اذا عجز المالك عن الزراعة
باعتبار عدم قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي
له وان شاء اجرها واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك
باعها واخذ الخراج من ثمنها وهذا بلا خلاف وان كان فيه نوع حجر وهو ضرر ولكنه الحاق ضرر بواحد للعامة
وقوله قالوا يعني المشايخ من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كانت الارض صالحة للزراعة للاعلى
وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير مثلا وجب الزعفران لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى
به كيلا يتجرى الظلمة على اخذ اموال الناس ورد بانه كيف يجوز الكتمان والظلم اخذ وان موضعه لكونه واجبا واجيب
بانا لو افتينا بذلك لادعى كل ظالم في ارض ليس شانها ذلك انها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فياخذ خراج ذلك
وهو ظلم وعدوان وقوله ومن اسلم من اهل الخراج ظاهر وقوله من غير كراهة احتراز عما يقول المتقشفة انه
مكروه لان النبي صلى الله عليه وسلم راى شيئا من الات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا فظنوا ان
المراد بالذل التزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر
وقعدوا عن الجهاد كر عليهم العدو فجعلوهم اذلة ولان الصغار ان كان فيما يكون في الموضع ابتداء واما بقاء فلا
بخلاف خراج الروس فانه ذل وصغار ابتداء وبقاء فكذلك لا يبقى بعد الاسلام وقوله وجبا في محلين بسببين
مختلفين يعني والمصرفين مختلفين اما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج واما اختلاف
السبب فلان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا واما اختلاف المصرف
فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء فلا يتنافيان لان التنافي انما يتحقق باتحاد المحل ولنا قوله

صلي

صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم رواه ابو حنيفة رحمه الله عن حماد عن ابراهيم عن علقمة رحمهم الله
عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله والوصفان لا يجتمعان لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر واذا لم يجتمع السببان
لم يثبت الحكمان وقوله ولهذا اي ولاجل انهما لا يجتمعان لم يجتمعا فيما اي الارض عشر الارض وخراج الارض وقوله وعلى هذا الخلاف
الزكاة مع احدهما اي العشر والخراج صورته رجل اشترى ارض عشر او خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة
مع العشر او الخراج وهو قول الشافعي ليتوهم اختلاف المحلين الى محل العشر الخارج ومحل الزكاة غير مال التجارة
وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الاخر كالدين مع العشر ولنا ان المحل واحد لان
كلا منهما مؤنة الارض النامية ولذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهو الارض وكل منهما يجب حقا لله تعالى فيما يجب
بسبب ملكه مال واحد حقا لله كما لا يجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت انه لا وجه
للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لا يليق لهذه الارض فلا يسقطان باسقاط المالك وهي اسبق
ثبوتا من زكاة التجارة التي كان وجوبها بنيته فلهذا السبب كانت عشرية وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما
يجب حقا لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الذي يجب للعبد والعشر لله فلا تنافي بينهما فيجبان وان
كان السبب ملكا واحدا والباقي ظاهر

باب الجزية

لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الباب
خراج الروس وهو الجزية الا انه قدم الاول لان العشر يذكر في سببه وهو العشر معنى القربة وبيان القربات
تقدم والجزية اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزي عن الذمي اي تقضي
وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية
عن يد وهم صاغرون فان قيل الكفر معصية وهو اعظم الكبائر فكيف يجوز اخذ البدل على تقريره اجيب بان الجزية
لم تكن بدلا عن تقرير الكفر وانما هو عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض
او هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق قوله وهي على ضربين ظاهر ونجران بلاد واهلها نصارى والحلة ازار
ورداء والمختار ولا يسمى حلة حتى يكون ثوبين وقوله ولان الموجب هو التراضي اي الموجب لما وقع عليه
الاتفاق من المال هو التراضي لا الموجب لوجوب الجزية فان الموجب في الاصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد ان
غلبوا وقوله فيوضع على الغني الظاهر الغنى قال الامام فخر الاسلام من ملك ما دون المائتين او لا يملك شيئا لكنه
يعتمل فعليه اثنا عشر ومن ملك مائتي درهم فصاعدا الى عشرة الاف درهم وهو معتمل ايضا فعليه اربعة وعشرون
درهما ومن ملك عشرة الاف درهم فصاعدا الى ما لا نهاية له وهو معتمل ايضا فعليه ثمانية واربعون ثم قال وانما
شرط المعتمل لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من اهل القتال حتى لا يلزم الرهبان منهم جزية وان كان موطا في
اليسار قال والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينظر الى عادة كل
بلد لان عادة البلدان مختلفة في الغنى الا ترى ان صاحب خمسين الفا يعد من المكثرين وفي البلدان صاحب
عشرة الاف يعد من المكثرين فتعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول عن ابي نصر محمد بن سلام وقوله صلى الله عليه
وسلم من كل حالم وحالمة معناه بالغ وبالغة او عدله معافر اي او وجد مثل دينار ربا دام هذا الجنس ثوب
معافري منسوب الى معافر بن مر ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر في الفوائد الظهيرية معافري من همدان ينسب اليه
هذا النوع من الثياب وعدله التي بفتح العين مثله اذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه ولانه وجب نصرة للمقاتلة
كما وجب متفاوتا كما في خراج الارض وقوله وهذا اشارة الى قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة يعني وانما قلنا ان الجزية
وجبت نصرة للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين ببذل النفس والمال لان كل من كان من اهل دار الاسلام يجب عليه
النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم تؤمنون بالله ورسوله
وتجاهدون في سبيل الله باموالكم وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله الى دار الحرب
اعتقادا قام الخراج الماخوذ منه المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم تتفاوت اذ الفقير
ينصر دار راجلا والمتوسط الحال ينصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه واركاب غيره ثم الاصل لما كان متفاوتا
تفاوت الخراج الذي قام مقامه فان قيل النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة اجيب
بان الخليفة عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب
اموالهم بمنزلة ما لو اعاروا دوابهم للمسلمين وما رواه محمول على انه كان صلحا والدليل على ذلك انه امر بالاخذ من
الحالم والجزية لا تجب على النساء قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب سواء كان من العرب او من العجم لقوله تعالى
من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية وعلى المجوس لان النبي صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس روى
البخاري ان عمر رضي الله عنه لم يكن ياخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها
من مجوس هجر وهجر اسم بلد في البحرين وعبدة الاوثان من العجم وهو بالجر عطفا على اهل الكتاب وقيد بقوله من العجم

واحد منهما ٦

احترازٌ عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا توضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب وفيه خلاف الشافعي وكلامه ظاهر ولنا انه
يجوز استرقاقهم وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم لان كل منهما يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظ
لان نفع الرقيق يعود الينا جملة واما الجزية فلان الكافر يؤديها من كسبه والحال ان نفقته من كسبه فكان اذا اكتسبه الذي
هو سبب حياته للمسلمين داره رايته في معنى اخذ النفس منه حكما ونوقض بان من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه
يجاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل واجيب بان ذلك لمعنى اخر وهو ان الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المراة
والصبي فكذا ابدله وهذا ليس بدافع بل تقرير للنقض والصواب ان قبول المحل شرط تاثير المؤثر فكان معنى قوله
وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كان المحل قابلا والمراة والصبي ليسا كذلك لان الجزية انما تكون
من الكسب وهما عاجزان عنه قوله وان ظهر عليهم اي على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اي
قبل وضع الجزية عليهم فهم ونساؤهم وصبيانهم في اي غنيمة للمسلمين لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب
ولا المرتدين لان كفرهم قد تغلظ على ما ذكر في الكتاب وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف او الاسلام زيادة في
العقوبة عليه ولقائل ان يقول هذا منقوض باهل الكتاب فانه يغلظ كفرهم لانهم عرفوا النبي معرفة تامة مميزة مخصصة
ومع ذلك انكروه وغيروا اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية وايضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب
بجواز استرقاقهم دون عبدة الاوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم اوطاس لو جرى رق على عربي لجرى اليوم فما
معنى فصل بين عبدة الاوثان واهل الكتاب والجواب عن الاول ان القياس كان يقتضي ان لا تقبل منهم الجزية الا انه
ترك بالكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الاية وعن الثاني بان مراده عليه السلام عربي الاصل واهل
الكتاب وان سكنوا ارض العرب وتوالدوا فيهم ليسوا بعرب في الاصل واما العرب في الاصل عبدة الاوثان
فانهم اميون قوله وجوابه ما قلنا يريد به قوله لان كفرهم قد تغلظ واذا ظهر عليهم اي على عبدة الاوثان من
العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم في اي ذراري المرتدين ونساؤهم يجبرون على الاسلام دون عبدة الاوثان
ونساؤهم لان الاجبار على الاسلام انما يكون بعد ثبوت حكم الاسلام في حقه وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تبعا
لابائهم فيجبرون عليه والمرتدات كن مقرات بالاسلام فيجبرون عليه بخلاف ذراري العبدة ونسائهم وحنيفة ابو حي
من العرب وقيل المراد بني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين
الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة قوله لانها وجبت بدلا عن القطع القتل يعني في حق الماخوذ منه او عن القتال
او عن النصرة في حقنا كما تقدم ولا يجب البدل الا في حق من يجب عليه الاصل والاصل وهو القتل او القتال لا يتحقق
في حق المراة والصبي لعدم الاهلية فكذا البدل وقوله لما بينا يعني قوله لا يقتلان ولا يقاتلان وعموم اطلاق حديث
معاذ وهو قوله عليه السلام خذ من كل حالم وحالمة قوله وعلى اعتبار الثاني لا يجب يعني ان الجزية بدل عن الامرين
كما مر تقريره وعلى اعتبار الاول لا يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق المماليك لان المملوك الحربي يقتل
فيتحقق البدل ايضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه بدله وقوله لانهم تحملوا
الزيادة بسببهم اي صار موالي بسببهم من صنف الاغنياء او وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب
على الفقير المعتمل فلو قلنا يوجوبها على الموالي بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شي واحد وهو لا يجوز
وقوله ولا توضع على الرهبان واضح قال ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه من اسلم وعليه جزية او مات كافرا
او عمي او صار زمنا او مقعدا او شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او فقيرا لا يقدر على شي وبقي عليه الجزية سقطت عنه
عندنا سوا كانت هذه العوارض قبل استكمال السنة او بعده خلافا للشافعي رحمه الله له انها وجبت بدلا عن العصمة
او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض اي بالاسلام او الموت كما في الاجرة
والصلح عن دم العمد فان الذمي اذا استوفى منافع الدار المستاجرة او مات لا تسقط عنه الاجرة لان المعوض
قد وصل اليه وهي منافع الدار وكذا اذا قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم اسلم او مات لا يسقط
عنه البدل لان المعوض وهو نفسه قد سلم له وان ردتي قوله بدلا عن العصمة او السكنى لاختلاف العلماء في ان
الجزية وجبت بدلا عماذا فقال بعضهم وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي لان الله تعالى
امر بالقتال ومده الى غاية وهي اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى في دار الاسلام لانهم مع الاصرار على
الشرك لا يكونون من اهل دارنا باعتبار الاصل انما يصيرون من اهل دارنا بما يؤدون من الجزية وقال بعضهم وجبت
بدلا عن النصرة التي فاتت باصرارهم على الكفر وقد تقدم واعيد هنا توضيحا وذلك لانهم لما صاروا من اهل دارنا
بقبول الذمة ولهذه الدار دار معاديه وجب عليهم القيام بنصرتها ولا تصلح ابدانهم لهذه النصرة لان الظاهر
انهم يميلون الى اهل الدار المعادية لاتحادهم في الاعتقاد فاوجب عليهم الشرع الجزية ليوخذ منهم فيصرف الى المقاتلة
فيكون خلفا عن النصرة قال شمس الائمة السرخسي وهو الاصح الا ترى ان الجزية لا تؤخذ من الاعمى والشيخ الفاني والمعتوه
والمقعد

والمقعد مع انهم يتركون في السكنى لانه لم يلزمهم اصل النصرة بابدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف
عنه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية رواه ابن عباس رضي الله عنهما وهو مطلق فيجري على اطلاقه بل الاتفاق
ان المراد به بعد الاسلام لان كل احد يعلم ان المسلم لا يكون عليه جزية فتعين ان يكون المراد به انها تسقط بالاسلام اذ لو لم
تسقط لصدق ان على هذا المسلم جزية قوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر واعترض بان الحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق
بالمعنى الجامع بينهما فقال ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس
منهم فكيف افترقا في البقاء حيث بقي العبد رقيقا بعد الاسلام ولا تبقى الجزية بعده مع ان كل منهما في الابتداء يثبت
بطريق المجازاة لكفرهم والجواب ان اداء الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وما شرع بوصف لا يبقى بدونه
على ما عرف في الاصول والاسلام ينافي الصغار فتسقط الجزية بخلاف الاسترقاق فانه لم يشرع لذلك قوله والعصمة
تثبت بكونه ادميا جواب عن قوله انها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه ان العصمة ثابتة للادمي من حيث انه ادمي
لما مر انه خلق متحملا اعباء التكاليف فلا يصلح ان تكون الجزية الطارية بدلا عنها ولقائل ان يقول سلمنا انها ثابتة للادمي
ولكنها سقطت بالكفر فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا والجواب انها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان تكون
عن عصمة فيما مضى او فيما يستقبل لا سبيل الى الاول وهو ظاهر ولا الى الثاني لان الاسلام يغني عنها قوله والذمي يسكن
ملك نفسه جواب عن قوله او السكنى ومعناه ان الذمي ملك موضع السكنى بالشراء وغيره من الاسباب فلا يجوز ايجاب
البدل بسكناه في موضع مملوك له فلو كانت الجزية اجرة كان وجوبها بالاجارة فانه قال كما لا يجوز ان يكون
بدلا عن العصمة والسكنى فكذلك لا يجوز ان يكون بدلا عن النصرة على ايضا الا ترى ان الامام لو استعان باهل
الذمة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا عنها لسقطت لانه قد نصر بنفسه اجيب بانها انما لم
تسقط لانه يلزم تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال
دون النفس قال فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت فعل الحولين اما باعتبار حذف المضاف اي اجتمعت جزية
الحولين واما بتاويل السنتين واتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل في اللفظ ولابهام في قوله وجاءت سنة اخرى
على ما ينبه وكلامه واضح وقوله وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق يحتاج الى بيان الفرق بينهما والفرق ان الخراج في حالة
البقاء مؤنة من غير التفات الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم ارض خراجية يجب عليه الخراج فيجوز ان لا
يتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء او بقاء ولهذا لم يشرع في حق المسلم اصلا والعقوبات تتداخل وقوله
لهما في الخلافية اي فيما اذا اجتمع عليه الحولان ان الخراج عوضا على ما تقدم وكل ما وجب عوضا اذا اجتمع وامكن
استيفاؤه استوفي كما في سائر الاعواض وقد امكن لان الغرض انه حي واستيفاء المال من الحي ممكن اذا لم يمنع منه الاسلام
بخلاف ما اذا اسلم قوله ولابي حنيفة ظ وقوله على ما بيناه اراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة
على الكفر ولقائل ان يقول قد تكرر في كلامهم انها وجبت بدلا عن النصرة او السكنى او العصمة وتكرر ايضا فيه انها
وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة غير معنى البدلية من شيء ويلزم توارد علتين على معلول واحد بالشخص وذلك
باطل والجواب عن ذلك ان كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن النصرة لان ايجاب النصرة لغير اهل دينه
تستلزم عقوبة لا محالة وقوله ولهذا توضيح لقوله وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر والتلبيب قيل اللبب من
الثياب واللبب موضع القلادة من الصدر قوله ولانه وجب بدلا عن القتل استدلال من جهة الملزوم وما تقدم
كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر وقد بيناه من قبل وقوله حمله بعض المشايخ على المضي مجاز اقال الامام فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا في قوله جاءت سنة اخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما
لانها عند اخر الحول تجب وهذا ضرب من المجاز لان مجيء كل شيء بمجيء اوله واقول ان مجوز المجاز ان مجيء الشهر مستلزم
لمضيه لا محالة وذكر الملزوم وارادة اللازم مجاز وقال بعضهم معناه دخول اوله لان الجزية تجب باول الحول
والتاخير الى اخر الحول تخفيف وتاجيل عند ابي حنيفة وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضي شهر بلا ارتكاب المجاز
وكلامه واضح قوله على ما قررنا اشارة الى قوله لان الفعل انما يستوفى بخراب قايم في الحال لا بخراب ماض الخ
ويحتاج الى الجواب عن الزكاة وهو ان الزكاة وجبت في اخر الحول لانها تجب في المال النامي وحولان الحول
هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول لتحقق شرط وجوب الاداء

فصل لما فرغ من بيان ما يجب على اهل الذمة بسكناهم في دار الاسلام شرع في بيان ما يجوز لهم ان يفعلوه
مما يتعلق بالسكنى ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة بدار الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا
كنيسة والخصاء بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاه اي نزع خصيته والا خصائي معناه خطا ذكره في المغرب
والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة هي ان احداث الكنيسة في دار الاسلام ازالة الفحولية اهل داره معنى كما ان
الخصاء ازالة الفحولية الحيوان الا ان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به النسل والامتناع عن النسا بلازمة الكنايس

في المناسبة ظاهرة ولنا قوله عليه السلام ولا كنيسة احداثها فهو بمعنى النهي اي لا تحدث كنيسة في دار الاسلام
وقوله الكنيسة لليهود والنصارى لمتعبدهم وكذلك البيعة كان مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد
اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وقوله والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة اي لا يمكنون من احداث الصومعة
التي يتخلون فيها ايضا للعبادة بخلاف موضع الصلاة اي صلاة الذمي في البيت فانهم يمكنون من ذلك لانه تبع
للسكنى قوله والمروي عن صاحب المذهب اي عن ابي حنيفة رحمه الله والمراد بالمروي هو ما ذكره انفا بقوله وهذا
في الامصار دون القرى قوله في جزيرة العرب قيل انما سميت ارض العرب بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش
ودجلة والفرات قد احاطت بها قوله ويؤخذ اهل الذمة بالتميز وذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير
لما ذكره القدوري كانه قال وكيفية التميز ما ذكره في الجامع الصغير الخ والكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده
الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم قوله صيانة لضعفة المسلمين اي
لضعفة في الدين لا البدن اي يفعل ذلك بهم لكي يكونوا في اعين الناس المسلمين الذين لم يتصلبوا في دين الاسلام
اذلاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والملابس والمراكب ورونق حالهم فان قيل لم يأخذ النبي
صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون بدعة اجيب بانهم في زمن رسول الله
صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين لا يشتبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثر الناس
ممن يعرف وممن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك فامر بذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وكان صوابا فانه صلى الله
عليه وسلم انما دار مع الحق حيث دار وقوله فانه حقا في حق اهل الاسلام اي ترك حسن العشرة باهل الاسلام في الامر
لاهل الذمة بتميزهم عما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنانير من الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من اعز عدو
صديقه فقد اهان صديقه معنى قوله ان لا يركبوا الا للضرورة يعني كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض
الى موضع يحتاج اليه قوله بالصفة التي تقدمت يعني كهيئة الاكف وقوله لانه ينتقض ايمانه يعني لو كان مسلما
وسب النبي صلى الله عليه وسلم والعياذ بالله ينتقض ايمانه وذمته وقوله وكذا الحكم ما حمله من قوله ماله يعني ان
الذمي اذا انتقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئا كالمرتد اذا لحق بدار الحرب
بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيئا وقوله الا انه لو اسر استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد يعني بخلاف المرتد
فانه لا يسترق بل يقتل ان اصر على ارتداده قال ـــــــ ذكر نصارى بني تغلب في فصل على حدة لان لهم احكاما
خاصة بهم تخالف احكام سائر النصارى وكلامه واضح والاصل فيه ما ذكر ابو يوسف في كتاب الخراج باسناده
الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر رضي الله عنه يا امير المؤمنين ان بني تغلب
قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة فان رأيت ان تعطيهم شيئا
فافعل قال فصالحهم عمر رضي الله عنه ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم الصدقة وعلى
ان يسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ اربعين فاذا بلغت
اربعين شاة سائمة ففيها شاتان الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها اربعة من الغنم وعلى هذا الحساب
تؤخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر اذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم
في الصدقة واما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك اراضيهم التي كانت في ايديهم يوم صولحوا تؤخذ
منهم الصعف مما يؤخذ من المسلمين قوله والمرأة من اهل وجوب مثله اي مثل مال وجب بالصلح وقوله الا ترى انه لا يراعى
فيه شرائطها اي فيما اخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء
قائما والقابض قاعدا واخذ التلبيب على ما مر قوله ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض
بمنزلة مولى القرشي اي تؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشي ويؤخذ من معتقهم فكذلك هنا يؤخذ الجزية من
معتق التغلبي وان لم تؤخذ من التغلبي وقوله ولنا ان هذا اي اخذ مضاعفها عوض عن الزكاة تخفيف يعني لما ذكرنا
انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف ولهذا اي ولكون المولى
لا يلحق بالاصل في التخفيف يوضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا ولم يلحق بمولاه في ترك الجزية وان كان
الاسلام اعلى اسباب التخفيف واولاها فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هو تخفيف بالتخليص عن الدرن
بالاثام وقد الحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي اجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الخ قوله في حقه اي فيما هو حق مولاه
وهو حرمة الصدقة فان قيل ما بال مولى الغني لم يلحق به في علة الصدقة والعلة المذكورة وهي ان الحرمات تثبت
بالشبهات موجودة اجاب بقوله لان الغني من اهلها اي من اهل الصدقة في الجملة ولهذا احلت له اذا كان
عاملا وانما الغناء مانع ولم يوجد في حق المولى واما الهاشمي فليس لها اهلا لانه صين لشرفه وكرامة عن اوساخ
الناس فالحق به مولاه ويجوز ان يقال حرمة الصدقة على بني هاشم تشريف لهم وفي الحاق الموالي بهم زيادة في
التشريف

التشريف وحرمتها على الغني لغنائه وفي مولاه به لا يرد او لم يذكر الجواب عما استدل به زفر من الحديث وهو انه
غير يجري على عمومه فان مولى الهاشمي ليس لهم في الكفاءة بالاجماع فوجب التأويل بانه محمول على التعاون والتناصر
لانه من لوازمه فان الرجل اذا كان من القوم يقوم لنصرتهم وقال شمس الائمة السرخسي الغني ليس من الكل سواء ولهذا لا يلحق
مولى القوم بهم الا ان ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روي ان ابا رافع رضي الله عنه سأل
رسول الله صلى الله عليه وسلم اتحل لي الصدقة فقال عليه السلام لا انت مولانا ومولى القوم من انفسهم والمخصوص من القياس بالنص
لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذا ليس في معنى ما ورد فيه النص لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله
صلى الله عليه وسلم في الحاق مواليهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء قوله وما جباه الامام اي جمعه والثغور جمع
ثغر وهو الموضع من قبل البلدان والقناطر ما لا يرفع والجسور ما يرفع وقوله وهؤلاء عملتهم اي القضاة وعمالهم والعمال عملة
المسلمين والعملة جمع عامل قوله فلا شيء له من العطاء العطاء ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بامر من امور الدين
كالقاضي والمفتي والمدرس وفي الابتداء كان يعطى كل من كان له ضرب مزية في الاسلام كازواج النبي عليه السلام
واولاد المهاجرين والانصار رضي الله عنهم وكذا لو مات في اخر السنة لا يورث العطاء لانه صلة فلا يملك قبل القبض واما
وضع المسئلة في نصف السنة لانه لو مات في اخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه لانه اوفى عناه فيستحب الصرف اليه
قريبه ليكون اقرب الى الوفاء باب احكام المرتدين لما فرغ من بيان الكفر الاصلي ذكر في هذا الباب احكام الكفر
الطاري لان الطاري انما هو بعد وجود الاصل وكلامه واضح الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لظاهر المذهب
قال في الايضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتد بين هكذا روي عن عمر رضي الله عنه لانه رجا العود الى الاسلام فانه
لا يحتمل ان الردة كانت باعتراض شبهة قوله وتأويل الاول يعني قوله يحبس ثلاثة ايام انه يستمهل اي يطلب المهل
فيمهل ثلاثة ايام واما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت في ذلك فلا بأس بقتله الا انه يستحب ان يستتاب لانه
بمنزلة كافر بلغته الدعوة فان قيل بتقدير المدة هنا بثلاثة ايام نصب الحكم بالرأي فيما لا مدخل له فيه لانه من المقادير
اجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار البيع بثلاثة ايام ورود فيه لان التقدير
بثلاثة ايام هناك انما كان للتأمل والعذر وهنا ايضا للتأمل وقوله ولانه كافر حربي بلغته الدعوة حربي لا محالة وليس
بمستأمن لانه لم يطلب الامان ولا ذمي لانه لم يقبل منه الجزية فكان حربيا قوله لاطلاق الدلائل يعني قوله فاقتلوا المشركين
وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها يعني الاتيان بالشهادتين واما المرتدة فلا
تقتل فان قتلها رجل لم يضمن شيئا حرة كانت او امة قال في النهاية كذا في المبسوط قوله لما روينا اشارة الى قوله عليه
السلام من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ولان ردة الرجل
مبيحة للقتل من حيث انها جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها ردة الرجل في هذه فتشاركها في
موجبها لان الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة وفيه نظر
لانه اثبات ما يندرئ بالشبهات بالرأي ولنا انه عليه السلام نهى عن قتل النساء ولنا انه لان العلة هو الكفر والاصل في الاجزية
تاخيرها الى دار الاخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء الذي هو من اسباب اظهار علمه لان الناس يمتنعون من خوفه فصار
في المعنى كالمحبوسين وفيه اخلاقه بالابتداء وانما عدل عنه اي عن هذا الاصل الى تعجيل بعضها دفعا لشر ناجز وهو الحراب
ولا يتوجه ذلك من النساء لان بنيتهن غير صالحة لذلك بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية والاصلية
لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه لم يقتلها بمجرد الردة بل لانها
كانت مقاتلة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلاثون ابنا وهي تحرضهم على قتال رسول الله
صلى الله عليه وسلم فامر بقتلها والجواب عما روي انه ليس بمجرى على ظاهره لان التبديل يتحقق من الكافر اذا اسلم فهو
اذا عام لحقه خصوص فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى وقوله ولكن تحبس واعاد رواية الجامع الصغير
لاشتمالها على ذكر الحرة والامة وقوله والامة تجبر مولاها قال ابو حنيفة رحمه الله اذا ارتدت الامة واحتاج
المولى خدمتها دفعت اليه وامر القاضي ان يجبرها على الاسلام قال المص رحمه الله اما الجبر فلما ذكرنا يعني امتنعت
عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين اي الجبر والاستخدام ولم يشترط في الكتاب
حاجة المولى الى خدمتها وهو رواية الجامع الصغير وشرطها في رواية قال فخر الاسلام والصحيح انها تدفع الى المولى
احتاج او استغنى وقال وكذلك لا يشترط طلب المولى فان قيل للمولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعا فكيف دفعت
اليه الامة دون العبد اجيب بان العبد اذا ابى قتل فلا فائدة في الدفع الى المولى قال ـــــــ ويزول ملك المرتد
عن امواله زوالا مراعيا اي موقوفا الى ان يتبين حاله فان اسلم عادت الى حالها قالوا اي المشايخ هذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول لانه مكلف محتاج وكل ما هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لانه لا يتمكن من اقامة
موجب التكليف الا بالملك فيبقى ملكه الى ان يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص والجامع ان كلا منهم مكلف

مباح الدم وله انه حربي مقهور تحت أيدينا بدليل انه يقتل ولا قتل إلا بالحراب فكان العمل هنا مثل ما للحراب
لان نفس الكفر ليس بمبيح له ولهذا لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفاني وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه
ممن يقتل فلا بد من لازمه وهو كونه حربيا وهذا أي كونه حربيا مقهورا تحت أيدينا يوجب زوال ملكه ومالكيته
لان المقهورية امارة المملوكية فاذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لان
ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه وعوده موجود وذلك يوجب بقاء
المالكية لانه حي مكلف يحتاج الى ما يتمكن به من اداء ما كلف به فبالنظر الى الاول يزول وبالنظر الى الثاني لا يزول
فتوقفنا في امره وقلنا يزول موقوفا فاذا اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم فصار كان لم يزل
مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزوال
ملكه لا يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل في غير هذا الموضع لانا نقول
ذلك مقتضاه اذا استوت الجهتان وافضى الى الشك وههنا ليس كذلك فان جهة الخروج ظن ووجه عدمه دونه
فيلزم التوقف وانما قيد بقوله في حق هذا الحكم احترازا عن احباط طاعته ووقوع الفرقة بينه وبين امراته وتجديد
الايمان فان الارتداد بالنسبة اليها قد عمل عمله قوله وان مات او قتل على ردته اعاده لانه لفظ القدوري
والاول كان لفظه ذكره شرحا للكلام وقوله ثم هو مال حربي فيكون فيئا يعني يوضع في بيت المال ليكون
للمسلمين باعتبار انه مال ضائع وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله انه مكلف محتاج الخ وقوله ويستند
يعني التوريث الى ما قبيل ردته فيجعل كانه اكتسبه في حال الاسلام فورثته ورثته منه من وقت الاسلام
ولابي حنيفة رحمه الله انه يمكن الاستناد أي استناد التوريث في كسب الاسلام لوجوده أي لوجود
الكسب قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها أي لعدم الكسب قبل الردة ومن شرطه
وجوده قبلها ومن شرط استناد التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم
لانا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز ثم انما يرثه من كان
وارثا حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته حتى لو حدث له وارث بعد الردة بان اسلم بعض قرابته او
ولد له من علوق حادث بعد ردته لا يرثه في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية الحسن عنه اعتبارا للاستناد
يعني ان الردة بمنزلة الموت الا ان الارث يثبت بعد وجود الاشياء الثلاثة الموت والقتل والحكم بلحاقه بدار الحرب وان لم
يثبت قبل وجودها فاذا وجدت صار كان الوارث ورثه حين الردة فلاجل هذا الشرط ان يكون وارثا
الى وجودها وعنه أي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف انه يرثه من كان وارثا له عند الردة
ثم لا يبطل استحقاقه بموته أي بموت الوارث بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت من التوريث ومن مات من الورثة
بعد الموت قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فكذا هذا وعنه أي وعن ابي حنيفة
رحمه الله وهو رواية محمد رحمه الله قيل وهو الاصح انه يعتبر وجود الوارث عند الموت يعني احد الامور الثلاثة
سواء كان موجودا وقت الردة او حدث بعده لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده
كالولد الحادث من المبيع قبل القبض في انه يصير معقودا عليه بالقبض فيكون له حصة من الثمن قال
في النهاية وحاصله ان على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا الى وقت
الموت او القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد او حدث وارث بعد الردة فانهما لا يرثان وعلى
رواية ابي يوسف رحمه الله يشترط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية محمد رحمه الله يشترط الوصف
الثاني دون الاول وقوله وترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا لانها
سبب للهلاك كالمرض فاشبه ردته التي حصلت به البينونة في حالة المرض والطلاق البائن حالة المرض
يوجب الارث اذا كانت في العدة فان قيل ابو حنيفة رحمه الله يسند التوريث الى ما قبيل الردة وذلك
يستلزم انتفاء التفاوت في الحكم بين المدخول بها وغير المدخول بها لان الردة موت فامراة الميت ترثه سواء كان
مدخولا بها او لم يكن اجيب بان الموت الحقيقي سبب الارث حقيقة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها واما
الردة فانها جعلت موتا حكما ليكون توريث المسلم من المسلم فهي ضعيفة في السببية فلا بد من تقويتها بما هو
من اثار النكاح من الدخول وقيام العدة قوله بخلاف المرتد عند ابي حنيفة فان ما اكتسبه في حال ردته
فهو فيء عنده وفرق بينهما بقوله لانه لا حراب منها ومعناه فلا قتل اذ ذاك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق
ان المراة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه ان عصمة المال تبع لعصمة النفس فبالردة ما زالت عصمة نفسها حتى لا
تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون
ميراثا لورثتها ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة والقياس ان لا يرثها لان فرار الزوج انما كان بتحقق

(ذا)

استوطا — احتياطا — الحكم — الى الاستناد — احدها

اذا ماتت وهي في العدة الا ترى انه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها الميراث لانها ليست في عدته ثم هنا لا عدة
على الرجل فينبغي ان لا يرثها الزوج ووجه الاستحسان ما اشار اليه بقوله تعلق حقه وبيانه ان حقه تعلق
بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال حقه فارة من ميراثه فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج بخلاف ما اذا
كانت صحيحة حين ارتدت لانها بانت بنفس الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا تكون
في حكم الفارة المريضة فلا يرثها زوجها منها قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا ان لحق المرتد بدار الحرب وحكم الحاكم
بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين
عندنا وقال الشافعي رحمه الله ماله موقوفا وهو احد اقواله لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في الاسلام والجامع كونه
غيبة كما ترى وهو ضعيف جدا ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلانه بين اظهرهم
واعتقاده كاعتقادهم واما حكما فلانه لما ابطل حكم احراز نفسه بدار الاسلام حين عاد الى دار الحرب فصار حربيا
على المسلمين فاعطي حكم اهل الحرب في دار الحرب وهم كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه
ولان ولاية الالزام منقطعة كما هي منقطعة عن الموتى الا ان لحاقه لا يستقر الا بقضاء القاضي لاحتمال العود
الينا فلا بد من القضاء فاذا تقرر موته الحكمي يثبت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها يعني قوله عتق مدبروه والخ
كما في الموت الحقيقي وقوله ثم يعتبر والضمير في تقرره للحاق وقيل للسبب وهما متقاربان وقوله هذا رواية عن
ابي حنيفة هو رواية زفر عنه رحمهما الله وقوله وعنه أي وعن ابي حنيفة ايضا وهي رواية ابي يوسف عنه رحمهما الله
على عكسه وهو ان يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة وقوله وجه الاول ان المستحق بالسببين أي الكسبين مختلف
وتقريره ان المستحق بالسببين مختلف والمؤدى من كسب واحد غير مختلف فالمستحق بالسببين غير مؤدى
من كسب واحد فلا بد من ادائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب
الذي وجب فيه المستحق وهو الدين فيقضى فاداؤه اليه ليكون الغرم بازاء الغنم وقوله وجه الثاني أي تقريره
ان كسب الاسلام ملكه وكل ما هو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم
الدين واما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه
من محل اخر بان لم يكن له كسب الاسلام فان قيل لما لم يكن ملكه فكيف يؤدي منه دينه اجاب بقوله كالذمي اذا مات
ولا وارث له فلم يبق له ملك فيما اكتسبه بل يكون ماله لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين يقضى منه وقوله
وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضاء الدين من خالص حقه اولى منه
من حق غيره الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى دينه من كسب الاسلام تقديما لحقه وفيه بحث من اوجه اما الاول
فما قيل ان هذا انما يناقض قوله اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهليته الملك بالردة والثاني ان كون كسب
الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقهم انما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث والثالث ان قضاء
الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممتنع فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه اولى واجيب عن الاول
بان المعنى من خلوص الحق هنا هو ان لا يتعلق حق الغير به كما يثبت التعلق في مال المريض ثم لا يلزم من كونه
خالص حقه كونه ملكا له الا ترى ان كسب المكاتب خالص حقه وليس بملكه له وكذلك الذمي اذا مات ولا وارث
له على ما ذكرنا انفا وعن الثاني بان الدين انما يتعلق بما له عند الموت لانه زال من قبل وكسب الاسلام قد زال
وانتقل بالردة الى الورثة وكسبه في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث بان كسب الاسلام
بعوضيته خالص حقه ولا شك ان قضاء الدين من الاول اولى هذا على طريقة ابي حنيفة وعندهما يقضى دينه من
الكسبين جميعا لانهما ملكه حتى يجري الارث فيهما على ما تقدم من مذهبهما قال وما باعه او اشتراه ذكر التصرفات
التي اختلف علماؤنا رحمهم الله في نفاذها وتوقفها وقال هذا عند ابي حنيفة وانما قال كذلك لان المسئلة
من مسائل القدوري وليس الخلاف فيه مذكورا في هذا الموضع وبيان اقسام التصرفات المرتد هو واضح لا ما
نذكره فقوله يجوز ما صنع في الوجهين يريد باحدهما الاسلام وبالثاني الموت والقتل واللحاق قوله لانه لا يعتمد
الى حقيقة الملك وتمام الولاية تفسير بقوله كالاستيلاد والطلاق فقوله الى حقيقة الملك يعني في الاستيلاد
فلو ولدت جاريته في دعوى نسبه يثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية ام ولد له لان حقه في ماله
اقوى من حق الاب في جارية ولده واستيلاد الاب صحيح فكذلك استيلاده حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك
وانما يكتفى فيه بحق الملك قوله وتمام الولاية يعني في الطلاق فانه يصح في العبد مع قصور الولاية على نفسه فان
قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد اجيب بان المرتد يتبع طلاقه كما لو ابان
الرجل امراته ثم طلقها طلاقا بائنا على ما عرف على انه يحتمل ان يوجد الارتداد ولا يقع الفرقة كما لو ارتدا معا
وقوله لانه أي كل واحد من النكاح والذبيحة يعتمد الملة ولا ملة له لانه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه

وقوله وعنه أي عن ابي حنيفة انه يبدأ بكسب الاسلام وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة

بعوضيته اي بعوضية خالص حقه

أي جارية المرتد

لوجوب القتل واستشكل بان المراد بالملة ان كان الاسلام فينتقض بنكاح اهل الكتاب وذبائحهم وان كان المراد
الملة السماوية فينتقض بصحة نكاح المشركين فيما بينهم فانه ليس لهم ملة سماوية لا مقررة ولا محرفة وقد حكم بصحة نكاحهم
ولهذا الحكم القاضي بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين لهم واجيب بان المراد بالملة ما يتدينون
به نكاحا يقرون عليه ويجري به التوارث بين الزوجين لان ما هو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد
والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الصفة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف يتم لهما هذه
الاغراض من النكاح بخلاف المجوس واهل الشرك فانهم ذوو ملة يقرون عليه قبل الاسلام وبعده ان لم تكن المراة من
محارمه فكانت المصالح منتظمة وقوله كالمفاوضة معناه ان المرتد اذا فاوض مسلما يتوقف فان اسلم نفذت المفاوضة
وان مات او قتل او قضي بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق وقوله وهو ما عددناه يعني قوله وما باعه
او اشتراه الخ وقوله عليها قررناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الخ وقوله ولهذا الولد له ولد بعد الردة لستة
اشهر توضيح لوجود ملك المرتد يعني فلو كان الملك زائلا لما ورثه هذا الولد لكون علوقه بعد الارتداد وقوله ولو مات
ولده بعد الردة يعني لو مات ولده المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد لا يرثه فلو لم يكن ملكه باقيا بعد الردة
لورثه هذا الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب فاذا ثبت وجود الاهلية وقيام الملك يصح تصرفه لكن على
الاختلاف المذكور في الكتاب وقوله على ما قررناه في توقف الملك اشارة الى ما قدمه من قوله ولانه حربي مقهور
تحت ايدينا ويوقف التصرفات بناء عليه اي على توقف الملك لتوقف حاله اي حال الحربي قبل الاسترقاق
والقتل والمن وقوله فكذلك المرتد يعني حاله يتوقف بين القتل والاسلام ثم هنا ان استرق او قتل بطل وان
ترك نفذ فكذلك هنا واعترض عليه بان الحربي الذي دخل دارنا بغير امان يكون فيئا فكيف تتوقف تصرفاته
وقوله واستحقاقه القتل جواب عن قولهما ولا خفاء في الاهلية وتقريره لا نسلم وجود الاهلية لان العصمة تقتضي
اهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد كما انها ليست بموجودة في الحربي لان كل واحد منهما يستحق القتل ببطلان
العصمة وهو كونه ادميا مسلما وذلك يوجب الخلل في الاهلية وقوله في الفصلين يريد به فصل الحربي وفصل المرتد
فان قيل لو كان استحقاق القتل موجبا الخلل في الاهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكان تصرفات الزاني المحصن
الذي يستحق القتل وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل اجاب بقوله لان الاستحقاق في ذلك يعني الاستحقاق
الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة والزاني والقاتل ليسا كذلك لان الاستحقاق فيهما جزاء
على الجناية وقوله بخلاف المراة جواب عن قولهما وصار كالمرتدة قال فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه اي اذا
عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث
انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث دخل دار الحرب واذا عاد مسلما احتاج اليه فيتقدم عليه اي على الوارث
قال شمس الائمة الحلواني في هذا ولو كان هذا بعد موته حقيقة بان احياه الله تعالى واعاده الى الدنيا كان الحكم فيه
هكذا الا انه خلاف العادة بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه فانه لا سبيل له لانه ازاله في وقت كان فيه سبيل
من الازالة فنفذت وبخلاف امهات الاولاد والمدبرين فانه لا سبيل له عليهم لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل
مصحح وهو قضاء القاضي بلحاقه عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له ان يعتقه حقيقة فاذا اخرج عن
حقيقة فاذا اخرج عن ولايته كان له ان يلحقه حكما فاذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ والعتق بعد وقوعه
لا يحتمل النقض ولو جاء مسلما قبل قضاء القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما فامهات اولاده ومدبروه على حالهم
لا يعتقون بقضاء القاضي وما كان عليهم من الديون فهو الى اجله كما كانت لما ذكرنا يعني من قوله
الا انه لا يتقرر لحاقه الا بقضاء القاضي وقوله واذا وطئ المرتد جارية نصرانية ظاهر وقوله فلما قلنا اشارة
الى قوله فلانه يتقرر الحقيقة الملك ثم تمام ستة اشهر حكم الاكثر منه وانما قيد بقوله لاكثر من ستة اشهر
احترازا عما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فان الولد يرث اباه المرتد وان كانت امه نصرانية لانا تيقنا
بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا لابيه واما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت الردة لم يتيقن
بعلوق الولد قبل الردة واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء اي المال فيء دون نفسه
ويجوز ان يكون المال فيئا دون نفسه كمشركي العرب وان لحق ثم رجع يعني وان لحق وحكم القاضي بلحاقه ثم
رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة والفرق بين المسئلتين ان الاول
مال لم يجر فيه الارث فهو مال حربي واذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي
بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما والمالك القديم اذا وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة اخذه مجانا فان لم يكن
القاضي حكم بلحاقه والمسئلة بحالها ففي ظاهر الرواية يرد على الورثة ايضا لانه متى لحق بدار الحرب في الظاهر انه
لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفي بعض روايات السير يكون فيئا لا حق للورثة فيه لان الحق لا يثبت لهم الا بالقضاء

واذا

واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والولاء للمرتد
الذي اسلم اما جواز الكتابة فلانه لا وجه الى بطلانها لنفوذها بدليل منفذ وهو قضاء القاضي باللحاق ثم بعد
ذلك اما ان يبقى المكاتب على ملك الابن او ينتقل الى الاب لا سبيل الى الاول لان الكتابة لا تحل بملك الرقبة وقد
ذكرنا ان المرتد اذا عاد مسلما اخذ ما وجده بعينه في يد وارثه ولا الى الثاني لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك
فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته كان في الوكالة خلافه اعتبارا لابقاء حكم الحاكم في صحة الكتابة
فكانه وكله في كتابة عبده وحقوق العقد فيه اي في عقد الكتابة ترجع الى الموكل واما كون الولاء للمرتد الذي
اسلم فلان الولاء لمن اعتق والعتق انما يحصل منه بعد اذ ابدل الكتابة بخلاف ما اذا رجع مسلما بعد اداء بدل الكتابة
لان الملك الذي كان له لم يبق فيما يأتي قال واذا قتل المرتد رجلا خطأ واضح وقوله لانعدام النصرة يعني ان
النصرة قيل ان يكون باعتبار التناصر واحد لا ينصر المرتد فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله وهو المكتسب
في حال الاسلام دون الردة عند ابي حنيفة وعندهما الكسبان جميعا له فقوله وعنده ماله المكتسب مبتدأ وخبر
وكان المقام مقتضيا لضمير الفصل لتفصيله عن الصفة وقوله اما الاول يعني اذا مات على ردته وقوله فهدر يعني
السراية لانه لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في الخطأ لان قطع اليد صار نفسا بخلاف ما اذا
قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك فانه لا يضمن القاطع شيئا وان كان معصوما وقت السراية لان الاهدار لا يلحقه
الاعتبار يعني اذا لم يقع معتبرا ابتداء لا ينقلب معتبرا بعد ذلك لان غير الموجب لا ينقلب موجبا اما غير المعتبر
فقد يهدر بالابراء وكذلك بالردة وقوله فان لم يلحق واسلم يعني اذا قطعت يد المسلم ثم ارتد والعياذ بالله ولم
يلحق بدار الحرب ثم اسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وقوله في جميع ذلك اي فيما اذا مات على ردته او لحق ثم جاء
مسلما او لم يلحق واسلم وقوله لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان دليله ان الردة
بمعنى لو مات عليه لم تجب بالسراية فكذلك اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه او نفذ بحكم
البيع ثم مات العبد لم تجب الا دية اليد كما لو مات عند البيع لان البيع بمعنى لو مات عليه لم تجب بالسراية شيء لان الاقدام
على البيع ابراء عن الجناية من حيث المعنى وصار كما اذا قطع يده ثم ... سواء مات من القطع او لم يمت حيث لا تجب ضمان
النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على ان الاصل المعارض المهدر لا يلحقه الاعتبار ولهما ان الجناية وردت
على محل معصوم لان الغرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لان الغرض انه لم يلحق فاسلم فيجب ضمان
النفس والباقي ظاهر وقوله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين يعني اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر
ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق لما لم يعدم الملك عند اليمين او عند الحنث لم يعتق وفرق بين الردة والبيع
بان الردة ليست بابراء ولا مستلزمة له لانها وضعت لتبديل الدين ويصح من غير ابراء الا انه اذا مات على ذلك
لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف بيع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا
قطع الاصل قصدا انقطع البدل ايضا فصار كالابراء وذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ان قول محمد وزفر
قياس وقول ابي حنيفة وابي يوسف استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان القاطع هو الذي ارتد فقتل وان
المقطوع يده بالسراية مسلما وحكمه انه ان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على
ردته او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطأ
على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا فلهذا كانت على عاقلته دية النفس وان كانت الجناية منه في حال
ردته كانت الدية في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته احد وقوله واما عند ابي حنيفة رحمه الله يحتاج الى
الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكا له اذا كان حرا وجعله ملكا له اذا كان مكاتبا ووجه الفرق
ما ذكره ان المكاتب يملك اكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لانه لا يتوقف بحقيقة الملك فكذا
بالالحاق الذي هو سبب الموت واذا لم يتوقف العقد لم يتوقف الاكساب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله
الا ترى انه اي المكاتب لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى يعني الردة بالطريق الاولى وانما كان
الرق اقوى من الردة في المانعية عن التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاد والطلاق
وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما واما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرفات
المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه ايضا مع انه مرتد اولى قال صاحب النهاية قلت لشيخي رحمه الله في هذا
لا يلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع الردة عنه لانه اذا لم يمنعه كل واحد منهما على الانفراد
جاز ان يمنعاه عند الاجتماع بهذه الاوصاف قال رحمه الله اما الكتابة فهي مطلقة للتصرف فلا مانع واما الرق والردة
فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما اذا اقام احد المدعيين
اربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت بوصف العلة لا بالعلة نفسها الى هذا اللفظ واري ان الجواب بحسب النظر

غير مطابق للسوال لانه ما ابرز السوال من حيث ان احدي علتي المنع تعارض علة الاطلاق وتترجح بالاولي بل
ابرزه من حيث انها عند الاجتماع علم لا يجوز ان يكونا مانعا عن التصرف بنا على ان الهيئة الاجتماعية لا يمكن ان تحوز من
ما ليس لكل من الافراد ولعل الهيئة الاجتماعية ان يكون لها زيادة تاثير اذ الامكن ان يحصل من تركيبها امر خارجي
او اعتباري حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك من الرق والردة قال واذا ارتد الرجل وامراته والعياذ بالله
قبل قوله فحبلت المراة في دار الحرب تقييده بدار الحرب اتفاقي فانها ان حبلت بدارنا ثم لحقت بدار الحرب فالجواب
كذلك ولعله ذكره لفايدة وهي ان العلوق اذا كان في دار الحرب كان ابعد عن الاسلام واذا كان في دار الاسلام
كان اقرب اليه باعتبار الدار لكون الدار جهة في الاستتباع فاخبرهنا كي يكونا جرا هنا بالطريق الاولى وكلامه ظ
وقوله ولا يجبر ولد الولد هو ظاهر الرواية ووجهه انه لو كان مسلما تبعا للجد كان تبعا لجد جده فيكون الكفار لناس
كلهم مسلمين بتبعية ادم عليه السلام ولو كان تبعا لابيه وهو التبع لكان التبع مستتبعا لغيره وروي الحسن عن ابي
حنيفة انه يجبر تبعا للجد لان التبعية في حق الاب للتفرغ والتفرغ ثابت في حق الجد ولهذا كان بمنزلة الاب في
النكاح وبيع مال الصغير وقوله كلها على الروايتين يعني في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك المسايل وفي
رواية الحسن عن ابي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الاب اما صيرورة الولد مسلما باسلام جده فهي ما ذكرنا واما صورة
صدقة الفطر فهي ان الاب اذا كان فقيرا او عبدا والجد موسر هل يجب فطره الحافد عليه اولا واما صورة جر الولا
فلانه اذا اعتق الجد والحافد حر والاب رقيق هل يكون ولا الحافد لموالي الجد اولا يكون وصورة الوصية للقرابة
اذا اوصى رجل لذي قرابة لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد اولا على الروايتين وذكرنا هذه المسايل في
شرح الفرايض السراجية وشرح رسالتنا وقوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد يعني يجري عليه احكامه
فيبطل نكاحه ويحرم على الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل وان ادرك كافرا يحبس وتوجيه تحرير المذاهب في الكتاب
ظاهر وقوله اي لزفر والشافعي انه اي الصبي الذي يعقل تبع لابويه فيه اي في الاسلام فلا يجعل اصلا يعني
يصح اسلامه بطريق التبعية للابوين فلا يصح بطريق الاصالة اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة وبين
القدرة والعجز تناف واحد المتنافيين وهو الاسلام بطريق التبعية موجود بالاجماع فينتفي الاخر ضرورة وقوله
ولانه يلزم دليل اخر وهو واضح وقوله والمعنى به شهور يشير الى ما قال له رضي الله عنه سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما
ما بلغت اوان حلمي واختلفت الرواية في سنه حين اسلم وحين مات قال جعفر بن محمد اسلم وهو ابن خمس سنين ومات
وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي عليه السلام دعاه الى الاسلام في اول مبعثه ومدة البعث ثلاثة وعشرين سنة
والخلافة بعده ثلاثون انتهت بموت علي فاذا اكملت تمام الى ثلاث وخمسين صار ثمانية وخمسين وقال القتبي اسلم وهو
ابن سبع سنين وقوله ولانه اي بحقيقة الاسلام دليل اخر وهو ظاهر وقوله وما يتعلق به سعادة ابدية يجوز ان يكون
معطوفا على التصديق اي هو التصديق الاصلي وهو ما يتعلق ويجوز ان يكون خبر مبتدا محذوف ويجوز ان
يكون مبتدا وخبره قوله هو الحكم الاصلي على تقدير ان يكون بغيره او ويجوز ان يكون قوله ما يتعلق به مبتدا وسعادة
ابدية خبره وهو اولى وهو جواب عن قوله ولانه يلزم احكام شرعية المضرة وعورض بانه لو صح اسلامه بنفسه وقع
فرضا لانه لا نفل في الايمان ومن ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يكن تصحيحه
فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه يتردد بين الفرض والنفل والجواب انا لا نسلم ان من ضرورة كونه فرضا
ان يكون مخاطبا فان المسافر اذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضا وليس بمخاطب به وصلى في اول الوقت وقع فرضا
وهو ليس بمخاطب عند ابي ذلك الوقت والجواب عن قولهما انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا الا احدى الجهتين
موبده للاخرى فلا يكونان متنافيين وذلك كالجندي اذا اسافر مع السلطان وينوي السفر فهو مسافر بنية نفسه
وتبع للسلطان ايضا وقوله ولهم اي ولابي يوسف وزفر والشافعي رحمهم الله وقوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
فيها اي في الردة انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام فان رد الردة يكون بالعفو عنها وذلك قبيح
كما ان رد الاسلام انما يكون بالحجر عنه وهو كذلك واعترض بان هذا اعتبار ما هو مضرة محضة بما هو
منفعة محضة وذلك جمع بين الشيئين بالقياس فرق الشارع بينهما ومثله فاسد في الوضع على ما عرف في الاصول
والجواب ان هذا قياس متنا لوجود شي وتحققه لوجود شي اخر وتحققه في عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع
فرق بينهما وقوله الا انه يجبر على الاسلام هذا جواب الاستحسان وفي القياس يقتل لردته بعد اسلامه وقوله لانه عقوبة
والعقوبات موضوعة عن الصبيان مترحما عليهم قال في النهاية فيه نظر لانه اسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرحمة
لصباه والله تعالى ارحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه في النار مخلدا كسائر الكفار وذلك منصوص عليه في
الاسرار والجامع الصغير للامام المنعم باشكوه رالبه في المبسوط ثم قال واولى ما يعلل به في عدم قتل الصبي المرتد
ما ذكرناه من تعليل المبسوط ثم قال واولى ما يعلل وهو قوله انما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة

اسلامه

اسلامه في الصغر

باب البغاة

اخر هذا الباب عن باب المرتد لعلة وجوده في البغاة جمع باغ كالقضاة
جمع قاض فاذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن
شبهتهم وذلك بطريق الاستحباب فان اهل العدل لو قاتلوا من غير دعوة الى العود لم يكن عليهم شي لانهم علموا
ما يقاتلون عليه فهم في ذلك كحال المرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك
باهل حروراء بكسر الحاء المهملة ممدود او مقصورا قرية بالكوفة كان بها اول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم علي ابي
موسى الاشعري بينه وبين ابي موسى معاوية قايلين ان القتال واجب بقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي الاية وعلي
ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون وذلك انه رضي الله عنه انفذ
ابن عباس رضي الله عنهما ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى العود فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس رضي الله عنهما هذه
الديانة ليست بادنى من بيض حمام وفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم على موافقا للنص
فالزمهم الحجة فتاب بعضهم واصر البعض وكلامه واضح وقوله والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت يريد به ما روى
الحسن عن ابي حنيفة ان الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته
لقوله عليه السلام من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار محمول على حال عدم الامام اما اذا كان المسلمون مجتمعين
على امام وكانوا امنين والسبل امنة فخرج عليه طايفة من المومنين يجب على كل من يقوى على القتال ان يقاتلهم نصرة
للامام لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي فان الامر للوجوب وقوله اجهز واتبع على بنا المفعول يقال اجهز
على الجريح اذا اسرعت قتله وتممت عليه وقوله ولا يقتل اسير هو منقول عن علي رضي الله عنه ولا يكشف ستر الى
لا تسبى نساوهم الا ترى ان اصحاب علي سالوه قسمة ذلك فقال فاذا قسمت فلمن تكون عايشة والعدرة ام
للا قتل اذ الاسوة اسم للابتسام ثم يقال فلان قدوة اي يقتدى به وقوله ذكره اشارة الى قوله ونحيهم الى قوله
دفعا للشر وقوله ولانهم مسلمون معطوف على قوله لقول علي وقوله اما عدم القسمة فلما بيناه اشارة الى قول علي
ولا يوخذ مال وقوله وارجعوا اعني اقلع اهل البغي من المصر قبل ذلك اي قبل اجراء احكامهم على اهله وقوله
في الوجهين اي في الوجه الذي قال انا على الحق وفي الوجه الذي قال انا على الباطل وقوله رواه الزهري
قال الزهري وقعت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق
بتاويل القران فهو موضوع استحل بتاويل القران فهو موضوع وكل مال اتلف بتاويل القران فهو موضوع
فمن اعتقد اباحة اموال العادل بان العادل عصى الله ورسوله لم يعمل بموجب الكتاب فقوله ولنا فيه اي لابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله في قتل الباغي العادل وقوله يعتبر الفاسد اي يعتبر التاويل الفاسد في دفع الحرمان
وقوله لم يوجد الرافع اي التاويل الرافع للضمان وقوله وليس ببعيد بالكوفة تقييده بالكوفة باعتبار ان
البغاة خرجوا فيها اولا والا فالحكم على غير ذلك وقوله وقوله الابل لعسفه يريد به
الحديد لانه انما يصير سلاحا بفعل غيره فلا ينسب اليه الا ترى انه يكره بيع المعازف فسل جمع معزفة ضرب من طنابير
تتخذه اهل اليمن ولا يكره بيع الخشب لانه انما يصير معزفا بفعل غيره وقوله وعلى هذا بيع الخمر مع العنب اي لا يجوز
بيع الخمر ويجوز بيع العنب والفرق لابي حنيفة بين كراهة بيع السلاح من اهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير
ممن يتخذه خمرا سياتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى كتاب اللقيط لما كان في الالتقاط دفع الهلاك
عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشي منبوذ
فعيل بمعنى مفعول كالجريح وفي الشريعة اسم لحي مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنية مضيعه
اثم ومحرزه غانم لان فيه الاحيا وقد قال تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا فاذا كان بمعنى المفعول
كان تسمية الشي باسم ما يؤول اليه لما انه يلتقط وهو حر اي في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف امه لا يحد
كذا في شرح الطحاوي وقوله لان الاصل في بني ادم الحرية لانهم من ادم وحوا وهما حران والرق انما هو لعارض
الكفر على ما تقدم والاصل عدم العارض ولان الحكم للغالب والغالب فيمن يسكن دار الاسلام الحرية وقوله
هو المروي عن عمر رضي الله عنه انه قال اللقيط حر وعقله وولاده للمسلمين وعن علي مثله وقوله والخراج بالضمان
اي له غنمه وعليه غرمه اي عليه العبد المعيب للمشتري قبل الرد لانه قبل الرد في ضمانه يقال خراج غلامه اذا
انفق على ضربته يوديه اليه في وقت معلوم وقوله فيه اي في بيت المال ويقال خرج الرجل وتخرج بالضم اذا
فضل على اقرانه ومنه يقال للمتصل المتبرع وقوله الا ان يامره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية في
قوله ليكون دينا اشارة الى انه انما يصير دينا اذا قال ذلك وفي رواية قال بمجرد امر القاضي بالانفاق
عليه يكفي ولا يشترط ان يقول على ان يكون ذلك دينا عليه لان امر القاضي نافذ عليه كامر بنفسه ان لو كان من
اهله ولو كان من اهله وامر غيره بالانفاق كان ما ينفق دينا عليه فكذلك اذا امره القاضي والاصح انه لا يرجع ما لم

يتعلق القاضي ذلك لان مطلقه محتمل قد يكون للترغيب في اتمام ما شرع فيه من التبرع واما يزول هذا الاحتمال
اذا شرط ان يكون دينا عليه وقوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني اذا لم ادعاه الملتقط ورجل آخر
فالملتقط اولى لانهما استويا في الدعوى وللاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى ثم قيل يصح في حقه اي في
حق النسب وقيل يبتني عليه بطلان يده لان من ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو احق بحفظ ولده من غيره وقوله
ولو ادعاه الملتقط اي لو ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال هو ابني بعدما قال هو لقيط قيل يصح قياسا
واستحسانا لانه لم يبطل بدعواه حق احد ولا منازع له في ذلك والاصح انه على القياس والاستحسان اي على اختلاف
حكم القياس مع حكم الاستحسان يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كما في دعوى الملتقط لكن وجه القياس
هنا غير وجه القياس في دعوى الملتقط ووجه القياس في دعوى غير الملتقط هو تضمن ابطال حق الملتقط فلذلك
لم يصح دعواه ووجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه لانه لما زعم انه لقيط كان نافيا نسبه لان ابنه
لا يكون لقيطا في يده ثم ادعى انه ابنه فيكون متناقضا وفي الاستحسان يصح دعوته لان هذا اقرار على نفسه من
وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه ان يحفظه او في هذا الاقرار يكتسب له ما ينفعه وبالالتقاط يثبت له هذه
الولاية وقوله انه متناقض قلنا نعم ولكن فيما طريقه الخفاء قد يشتبه على الناس حال ولده الصغير فظن انه لقيط
ثم تبين بعد ذلك انه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن اذا اكذب نفسه وان ادعاه اثنان ووصف احدهما
علامة في جسده فهو اولى به اي يجب على الملتقط ان يدفع اللقيط الى الذي وصف علامة في جسده واصاب في
وصفه لان الواصف اولى بذلك اللقيط فان قيل ما الفرق بين اللقيط واللقطة فان اللقطة اذا تنازع فيها اثنان
ووصف احدهما واصاب ولم يصف الآخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف بل اذا انفرد الواصف يحل للملتقط ان
يدفعها اليه ولا يلزم وهنا يلزم اجيب بان الفرق بينهما هو ان اصابة الوصف امر محتمل انه اصاب لانه رآه في يد غيره
والمحتمل لا يصلح سببا للاستحقاق على الخبر لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق كاليد في دعوى النتاج اذا ثبت هذا
فنقول في فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوة انها سبب الاستحقاق في حق اللقيط الا ترى
انه لو انفرد بدعوى اللقيط قضي له به كما لو اقام البينة فيعتبر الوصف لترجح سبب الاستحقاق واما في اللقطة فالدعوى
ليست سببا للاستحقاق حتى يرجح بالوصف فلو اعتبر الوصف لاصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سببا لما قلنا فافترقا
فاذا وجد في مصر من امصار المسلمين على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقال في النهاية والمسألة في الحاصل على اربعة
اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له بالاسلام والثاني ان يجد كافر في مكان اهل
الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر لا يصلى عليه اذا مات والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين
والرابع ان يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط يقول العبرة للمكان
في الفصلين جميعا وفي رواية ابن سماعة عن محمد ان العبرة للواجد في الفصلين جميعا كذا في المبسوط في بعض النسخ اي
في بعض نسخ دعوى المبسوط وقوله ومن ادعى ان اللقيط عبده فان قيل البينة لا تقبل الا على خصم منكر ولا خصم هنا
لان الملتقط ليس بولي فلا يكون خصما عنه اجيب بان الخصم هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه عنه ويزعم انه احق
بحفظه فلا يتوصل المدعي الى استحقاق يده عليه الا باقامة البينة فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه لان دعواه
تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب والرق وهو مضر فيثبت الاول دون
الثاني لان الاول لا يستلزمه لان المملوك قد يلد له الحر فلا يبطل له الحرية الظاهرة بالشك ويمكن ان يقرر بجعل كلامه
دليلين على مطلوبين احدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه يثبت له والثاني انه حر لان المملوك قد يلد
له الحر فلا يكون عبدا او قد يلد له الامة فيكون عبدا او الظاهر في بني ادم الحرية فلا يبطل بالشك قال والحر
في دعوته اللقيط اولى من العبد اذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان او المسلم والذمي وهما خارجان دعواه
مجردة فالحر اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي وكذلك اذا اقاما البينة وليس احدهما اكثر بيانا حتى لو شهد للمسلم ذميان
وللذمي مسلمان كان للمسلم لان بينة كل واحد حجة في حق الآخر وليس احدهما اكثر بيانا فكان المسلم اولى واما اذا كانت
بينة الكافر اكثر بيانا فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلو ادعى الذمي صبيا في يد رجل انه ابنه ولد على فراشه واقام على ذلك
شاهدين مسلمين واقام عبد مسلم بينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة قضي بالصبي للذمي ولم يترجح العبد بالاسلام
لان بينة الذمي اكثر اثباتا لانها تثبت النسب بجميع احكامه واما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فللترجيح
باليد لقوتها فان الملتقط اذا كان ذميا فهو اولى من المسلم الخارج واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه او على دابة
هو عليها فهو له وكذا الدابة اعتبارا للظاهر ولان اللقيط في دار الاسلام لما كان حرا كان من اهل الملك فما كان معه
فهو له ظ العدم اليد الثابتة عليه اصله القميص الذي عليه فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت
الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك اجيب بان هذا الظاهر يدفع دعوى الغير قوله
ثم

ثم يصرف الواحد الينا وقوله والموجود في كل واحد منهما اي من الملتقط والام احدهما لان الملتقط رايا كاملا ولا
شفقة له والام شفقة كاملة ولا راي لها وقوله لانه من باب تثقيفه التثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى
به الرماح ويستعار للتاديب فالتهذيب وقوله بخلاف الام لانها تملكه اي تملك اتلاف منافعه فانها تملك استخدام الرقيق
واجارته والله اعلم

كتاب اللقطة

اللقيط واللقطة متقاربان لفظا ومعنى وخص اللقيط ببني ادم و
واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقدم الاول لشرف بني ادم اللقطة وهي الشيء الذي تجده ملقى فتاخذه امانة اذا اشهد
الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند
عامة العلماء احترز به عن قول من يقول انه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من كان يقول
اخذه جائز وتركه افضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع
وهو الواجب فاذا خاف الضياع على ما قالوا والحاصل ان اللقطة عند عامة العلماء على نوعين ما يكون اخذه واجبا
وهو ما اذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض واذا كان وليا
وجب عليه حفظ ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة ماله فاذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه فكذلك اذا خاف
على مال غيره وما لا يكون واجبا وهو ما اذا لم يخف الضياع فقيل رفعه مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا
على البر والتقوى ولانه لو تركها لا يؤمن ان تصل اليه يد خائنة فيمنعها عن مالكها وقيل تركه افضل لما ذكرنا ان صاحبها
انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه والاول ظاهر المذهب واذا كان كذلك اي واذا كان اخذها ماذونا
فيه شرعا لا تكون مضمونة عليه كذا في بعض الشروح وهو لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا والظاهر ان معناه
واذا اشهد الملتقط انه ياخذها الخ لا تكون مضمونة عليه لانه لم ياخذ لنفسه ويجوز ان يكون معناه واذا كانت
امانة لا تكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادق الملتقط والمالك انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما
وصار كما اذا اقام الملتقط البينة على انه اخذها ليوصلها الى المالك ولو اقر الملتقط انه اخذها لنفسه ضمن بالا جماع
لانه اخذ مال غيره بغير اذنه بغير اذن الشرع وان لم تشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك
يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله اما عدم الضمان فلان الظاهر شاهد
له لاختياره الحسبة دون المعصية لان فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعا والذي يحل له شرعا الاخذ للرد لا
لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد منه واما ان القول قوله فلان صاحبها
مدعي عليه سبب الضمان ووجوب الضمان ظاهر قيل هذا الاختلاف في الاشهاد وفيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم
يجد احدا يشهده عند الرفع او خاف انه لو اشهد عند الرفع انه ياخذه منه الظالم فترك الاشهاد لا يكون ضامنا
بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهد حتى جاوزه ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه وقوله ويكفيه في
الاشهاد ان يقول الخ وقوله وهذه رواية عن ابي حنيفة يشير الى انها ليست ظاهر الرواية فان الطحاوي
قال واذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسا او خسيسا في ظاهر الرواية وقوله كانت مائة دينار
او الف درهم يريد ما روي في الصحيح مسندا الى ابي بن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت
النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها ولم اجد من يعرفها ثم اتيته فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد
ثم اتيته ثالثا فقال احفظ وعاءها وعفاصها ووكاءها وعددها فان جاء صاحبها والا استمتع بها وفيه نظر لان
العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب واقول هذا الحديث يدل على ان التعريف يكون حولين وليس ذلك
بشرط بالاجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد قوله وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ما
اختاره شمس الائمة السرخسي رحمه الله كالنواة وقشور الرمان يعني اذا كان في مواضع مختلفة فجمعها وصار
بحكم الكثرة لها قيمة فيجوز له الانتفاع بها لان القيمة حصلت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه
لا يملكها حتى ان صاحبها اذا وجدها في يده بعدما جمعها جاز ان ياخذها لان الالقاء كان دليلا على الاذن لا على
التمليك لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر في المحيط فاما اذا كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها
لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه ما القاها وقوله فان جاء صاحبها يعني ان جاء صاحبها بعد التعريف دفعها اليه
ايضا لا لغيره حفظه المستحق الدفع اليه كما في بيع الفضولي والا اي وان لم يجئ فهو بالخيار ان شاء تصدق بها ايصالا
لا لعوض المستحق وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها على مستحقه وان شاء امسكها رجاء للظفر بصاحبها
بعد ما تصدق بها الملتقط باذن الحاكم فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان
حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته فان قيل التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل عندها
كما في بيع الفضولي وليس هو حتى لو اجاز المالك بعد هلاكها صحت الاجازة واجاب بان الملك يثبت للفقير قبل
الاجازة لان الملتقط لما كان ماذونا في التصدق شرعا ملك الفقير قبل الاجازة بنفس الاخذ لان التصد

بلازم

وقوله بل هو الافضل عند عامة العلماء كذلك

وهو ما اذا

من اسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير قبل الاجازة
لما ثبت للمالك حق الاخذ اذا كان قايما في يد الفقير اجيب بان ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك
الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له وكالمرتد اذا عاد من دار الحرب مسلما بعد ما قسمت امواله بين ورثته فانه ياخذ
ما وجده قايما بعد ثبوت الملك لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك فيه للمشتري انما يثبت بعد اجازة المالك بيعه
فلا بد من قيام المحل ليلا يتوهم يلزم تمليك العين الموجودة المعدومة وكما يشترط قيام المحل يشترط قيام البايع
والمشتري والمالك ايضا وسيجي تمامه في البيوع ان شا الله تعالى وان شا ضمن الملتقط وهو ظاهر فان قيل كيف
يصح تضمينه وقد تصدق باذن الشرع اجاب بقوله لانه اباحة من جهة الشرع يعني ان الاذن كان اباحة منه
لا الزاما ومثل ذلك لا ينافي سقوط الاثم ولا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شا
ضمن المسكين لما ذكر في الكتاب وهو واضح فان كان العين قايما اخذها لانه وجد عين ماله وحاصله ان المالك اذا
لم يجد الصدقة فلا يخلو اما ان يكون اللقطة قايمة في يد الفقير او هالكة فان كانت قايمة اخذها وان كانت هالكة
فان شا ضمن الملتقط وان شا ضمن الفقير وايا ضمنه لم يرجع على صاحبه بشي فان كلا منهما ضامن بفعله الملتقط
بالتسليم بدونه لا ايصال الفقير معدور من جهة الملتقط فيرجع عليه لان التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب
شيا وقوله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر ظ سوى الفاظ تذكرها وقوله والاباحة اي اباحة الاخذ وقوله
واذا كان معها اي اللقطة ما يدفع به عن نفسه يعني ما يهلكها كالقرن في البقر وزيادة القوة في البعير بكدمه
ونفحه وكذلك في الفرس وقوله فينبغي بالكراهة اي بكراهة الاخذ وقوله وفي هذا النظر من الجانبين اي من جانب
المالك بابقا عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما انفق على اللقطة وقوله فاذا لم يظهر امر ببيعها
قيل فاذا امر ببيعها فبيعت اعطى القاضي من ذلك الثمن ما انفق بامره في اليومين والثلاثة لان الثمن مال صاحبها
والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي فيعينه على اخذ حقه لان الغريم اذا ظفر بجنس حقه كان له ان ياخذ
فكان للقاضي ان يعينه على ذلك وقوله وفي الاصل شرط اقامة البينة يعني ان الملتقط يقيم البينة على
ان حقه كان له ان ياخذ هذه الدابة لقطة عنده فان قيل البينة انما تقام على المدعى عليه المنكر وليس بموجود
هنا اجاب بقوله وليس تقام للقضا اي هذه البينة تقام لاستكشاف الحال بانه لقطة عندي وكونها لقطة
يقول القاضي للملتقط انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت وانما يقول هذا التردد حذرا عن لزوم احد
الضررين لانه لو امر قطعا تضرر المالك بسقوط الضمان على تقرير الغصب ولو لم يامر تضرر الملتقط على تقدير
اللقطة وقد انفق عليها وقوله واذا شرط القاضي الرجوع على المالك متصل بقوله ان يرجع اي انما يرجع
الملتقط على تقدير اللقطة وقد انفق عليها وهذه من الرواية التي ذكرناها في سبيل اللقيط والاصح ان الامر
القاضي الملتقط بالانفاق على ان يكون دينا على اللقيط يرجع على اللقيط والا فلا وهذا احتراز عن
قول بعض اصحابنا ان مجرد قول القاضي بالانفاق يكفي للرجوع قال فاذا حضر يعني المالك
كلامه ظاهر وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه حي بنفقته يقال نشدت الضالة اي عرفتها وانشدتها اي
طلبتها ومعنى الحديث ذكره الشافعي لا يحل لقطتها الا لمنشدها اي لطالبها وهو المالك عنده والمعرف عندنا
وهو يكون فيه النفقة من جلد او خرقة او غير ذلك والوكا والرباط يقال اوكا السقا شده بالوكا وهو الرباط
الذي يشد به وقوله ابقا ملكا للمالك من وجه يعني من حيث يحصل الثواب فيملكه كما في ساير ما اي في ساير اللقطة
وتاويل ما روي من قوله عليه السلام لا يحل لقطتها الا لمنشدها لا يحل التقاطها الا للتعريف فان قيل ما وجه تخصيص
هذا المعنى بالحرم اجاب بقوله والتخصيص بالحرم وبيانه ان مكة شرفها الله مكان الغربا لان الناس ياتون اليها
من كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث يندر الرجوع لهم اليها فالظاهر انها للغربا ولا يظهر عودهم من سنة واكثر فينبغي
ان يسقط التعريف لعدم الفايدة فازال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم فقال لا يحل رفع لقطتها الا لمعرفها
كما هو الحكم في غيرها من البلاد وقوله ولنا اي لمالك والشافعي رحمهما الله وحاصله ان الملتقط منازع من وجه
دون وجه فيكتفي في الحجة بذكر الوصف ولا يحتاج الى اقامة البينة ولنا ان اليد حق مقصود كالملك
بدليل وجود الضمان في غصب المدبر باعتبار ازالة اليد لانه غير قابل للنقل ملكا وقوله وهذا اي وهذا
الحديث الامر فيه وهو قوله فادفعها للاباحة اي وجب حمله على الاباحة لاجل العمل بالمشهور وهو قوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر فانه لو لم يحمل على الاباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم
للترك ولقايل ان يقول الحمل على الاباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الدفع ايضا لان انتفا الوجوب
يستلزم انتفا الجواز والجواب ان الشافعي رحمه الله يقول بانتفا الجواز لانتفا الوجوب والمصنف هنا في مقام
الدفع فيجوز ان يدفعه على طريق يلتزمه الخصم وقوله بخلاف الكفيل لوارث غايب عنده اي عند ابي حنيفة
وان

بغير اذن المالك والفقير بالتسلم

وان رد الضمير عليه وان لم يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك المسيلة اذا دفع اللقطة بذكر العلامة اما اذا دفعها
باقامة البينة على انها له فلا ياخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا ياخذ كفيلا وقوله لان المالك هنا
غير ظاهر يعني في ان يكون المالك هو الذي حضر فلو اقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما للدفع اليه
واما المودع فانه مالك ظاهر اي بلا اقرار لو كان له كما يلزمه الدفع اليه لانه غير مالك بيقين ثم في الوديعة اذا دفع
اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشي وهنا
للملتقط ان يرجع على الاخذ بشي لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بامره وانه ليس بضامن
بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وهنا في زعمه ان الاخذ عامل لنفسه وانه ضامن بعد
ما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن لهذا كذا في المبسوط وقوله وكان من المياسير اي الاغنيا
جمع الميسور ضد المعسور وقوله حملا له على رفعها اي ليكون حاملا وباعثا على رفعها وقوله لاطلاق النصوص
يريد به قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الاية وقوله ولا تعتدوا وقوله فمن اعتدى عليكم وقوله
والاباحة للفقير لما رويناه قوله عليه السلام فليتصدق به وقوله والغني محمول على الاخذ جواب عن قوله ولانه انما
يباح للفقير حملا له على رفعها وقوله وانتفاع اي جواب المستدل لانه لحديث ابي رضي الله عنه وقوله وهو جايز اي
الانتفاع للغني جايز باذن الامام لانه في محل مجتهد فيه وقوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين يعني نظر الثواب
للمالك ونظر الانتفاع للملتقط وقوله لما ذكرناه اشارة الى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين والله اعلم

كتاب الاباق

قال صاحب النهاية رحمه الله هذه الكتب اعني اللقيط
واللقطة والاباق والمفقود كتب يتجانس بعضها بعضا من حيث ان في كل منها عرضة الزوال والتلف والاباق
هو الهرب والابق هو الهارب من مالكه قصدا والابق اخذه افضل في حق من يقوى اي يقدر عليه لما فيه من احيايه
اذ الابق هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له واما الضال وهو الذي لم يهتد الى منزله من غير قصد فقيل
انه كذلك وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الابق ثم اخذ الابق ياتي به الى السلطان لانه
لا يقدر على حفظه بنفسه هذا اختيار شمس الايمة السرخسي رحمه الله واما اختيار شمس الايمة الحلواني فهو ان الراد بالخيار
ان شا حفظه بنفسه وان شا دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار وقوله ثم اذا دفع الا
بق اليه يحبسه ظاهر وقوله ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين
ومنهم من اوجب ما دونها قال عمر رضي الله عنه في جعل الابق دينارا او اثنا عشر درهما وقال علي رضي الله عنه في جعل
الابق دينارا او عشرة دراهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه اربعون درهما وقال عمار بن ياسر رضي الله عنه ان رده
في المصر فله عشرة دراهم وان رده من خارج المصر استحق اربعين فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما
دونه توفيقا وتلفيقا اي جمعا بين الروايات المتفق عليه فان قيل الواجب ان يوخذ باقل المقادير لتيقنه
اجيب بانه لم يوخذ بالاقل لان التوفيق بين الاقاويل ممكن بان يحمل قول من افتى بالاقل على ما اذا رده ما دون مسيرة السفر
وقول من افتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر وهذا اولى لانه يعمل بكل منها وقوله والتقدير بالسمع جواب عن قياس الا
على الضال اي عدم وجوب الجعل وفي قوله ولا الحاجة اشارة الى نفي الالحاق دلالة لانها تقتضي التساوي بين
الاصل والملحق وليس بموجود وقوله وتقدير الرضخ تفصيل لقوله وان رده لاقل من ذلك فبحسابه فانهم لما قسموا الاربعين
كان لكل يوم ثلث عشر درهما وثلث درهم قيل والاشبه التفويض الى راي الامام وقوله وام الولد والمدبر في
هذا اي في وجوب الجعل بمنزلة القن لانهما مملوكان للمولى وهو يكتسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف بقوله لما فيه
من احيا ملكه اولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من احيا المالية لان ام الولد لا مالية فيها عند ابي حنيفة رحمه الله وقوله
لانهما يعتقان بالموت باطلا فقط في حق ام الولد وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه واما الذي عليه السعاية
بان لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده ومديون عند هما
ولا جعل لراد المكاتب او الحر وقوله ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو اي كل واحد منهما في عياله ظ ولم يذكر حكم
ما اذا لم يكونا في عياله والقياس ان يستحق كل من ذي الرحم المحرم الجعل اذا لم يكن في عياله لكن استحسن فقيل اذا
وجد عبد ابيه وليس في عياله فلا جعل له لان رد الابق على ابيه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك
واما اذا وجد الاب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب وقوله فلا يتناولهم اطلاق الكتاب
اي القدوري وهو قوله ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام قال وان ابق من الذي رده اي اذا ابق
الابق من الذي اخذه ليرده فلا شي عليه اي لا ضمان عليه لانه امانة في يده لكن اذا اشهد عند الاخذ وقد ذكرناه في اللقطة
ان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا قال المصنف رحمه الله وذكر في بعض النسخ اي نسخ القدوري لا شي له اي
لا جعل للراد اذا ابق الابق منه وهو صحيح ايضا لانه اي الراد في معنى البايع من المالك لان عامة منافع العبد الى

بالاباق وان لم يتعيد بالمولى بالرد بل يجب عليه والبايع اذا هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك هنا يسقط الجعل
واستوضح ذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وكذا اذا ماتت في يده فلا شي عليه لما قلنا انه امانة عنده ولو اعتقه
المولى اي اعتقه قبل ان يقبضه وقت لقايه صار قابضا بالاعتاق فيجب عليه الجعل واشار بقوله بالاعتاق الى انه
لو دبره مكان الاعتاق لم يصر قابضا والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كما لو اعتق المشتري
العبد المشتري قبل القبض واما التدبير فليس باتلاف للمالية فلا يصير المولى به قابضا الا ان يصل الى يده وكذا اذا
باعه من الراد لسلامة البدل له وهذا بخلاف الهبة فان المولى لا يصير به قابضا قبل الوصول الى يده لان في الهبة قبل
القبض لم يصل المالية الى يد المولى ولا بدله فلا يكون له حكم القبض قوله والرد وان كان له حكم البيع جواب
عما يقال قد قلتم من قبل ان الراد في معنى البايع من المالك ثم جوزتم بيع المالك من الراد قبل ان يقبضه فيجب ان لا
يجوز لدخوله تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض وتقرير الجواب ان النهي وان كان ذلك مطلقا والمطلق ينصرف الى
الكامل والرد ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث اعادة ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول
عن المولى بالاباق فلا يكون داخلا تحت النهي فيكون جايزا وقوله وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه اخذه ليرده ظاهر
قوله فان كان الابق رهنا سياتي الكلام فيه في الرهن ان شاء الله وقوله والجعل بمقابلة احياء المالية فيه نظر
لانه لا يلزمه اذا رد ام الولد وما ثمه احياء المالية عند ابي حنيفة واجيب بانه لا مالية فيها باعتبار الرقبة وله مالية
باعتبار كسبها لانه احق بكسبها وقد احيا الراد ذلك برده وقوله وان كان مديونا اي العبد الابق اذا كان مديونا بان
كان ماذونا له فلحقه الدين في التجارة او استهلك مال الغير واقر به مولاه وقوله كالموقوف يعني بين ان يستقر
على المولى متى اختار قضاء الدين وبين ان يصير للغرماء متى اختار البيع ولما توقف الملك في العبد توقف مونة
الملك وهو الجعل وقوله وان كان اي الابق موهوبا فالجعل على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد
الرد وانما ذكر ان الواصلة هذه لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله فيجب على من يستقر الملك له وبقوله فعلى الموهوب
ان اختار العفو الفعل كما التقدير كان ينبغي ان يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه
ووجه الدفع ان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد اي برد الابق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد
من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الرجوع على الواهب
لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الراد اجيب بانه كذلك
لكن ترك الموهوب له الفعل اخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك يضاف العتق الى اخرهما
وجودا كذا هذا وقوله وان كان لصبي الى اخره ظاهر

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب هنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الاضداد يقال
فقدت الشي اي اضللته وفقدته اي طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه
وذكر في الكتاب ما يدل على مفهومه الشرعي وهو قوله اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولم يعلم احي هو
او ميت وقوله نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه اشارة الى بيان حكمه في الشرع وكلامه
واضح وقوله ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل بان كان الشي مشتركا بين المفقود وغيره قوله
وانه اي الوكيل من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف وانما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين
فانه عند ابي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها واذا كان كذلك يعني ان وكيل القاضي لما لم يملك
الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغايب والقضاء على الغايب وللغايب لا يجوز لان
القضاء لدفع الخصومة والخصومة من الغايب غير متصور الا اذا راه القاضي اي جعل ذلك رايا وحكم به
فيجوز لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه
على امضاء قاض اخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف اجيب بان المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة
هل تكون حجة من غير خصم حاضر او لا فاذا راها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود
في القذف وقوله لم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي ظ وقوله ومن الثاني الاخ والاخت انما كان من الثاني
لان نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيها فلا يجب الا بالقضاء او الرضا ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء او
الرضا وقوله نعني الملبوس والمطعوم في ماله وقوله وهذا اي الذي ذكرنا من انفاق القاضي عليهم من الدراهم
والدنانير اذا كانت في يد القاضي قوله وهذا اي الاحتياج الى الاقرار انما هو اذا لم يكونا اي الدين والو
ديعة شيا واحدا والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية قوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب
القياس وهو قول زفر انه لا ينفق منها عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغايب وهو ليس
بخصم على الغايب ولا يقضى على الغايب اذ لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع مقر بان ما
في

في يده ملك الغايب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو
خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود قوله لان القاضي نايب عنه اعترض عليه بان القاضي
نايب عن الغايب في القبض للحفظ ولا حفظ في القبض للانفاق على هولاء فلا يكون نايبا واجيب بان القاضي نايب
عنه في ايفاء ما عليه من الحقوق كما هو نايب عنه في الحفظ ولهذا جاز له ان يوفي ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه بخلاف
المودع فانه نايب عنه في الحفظ فقط فان قلت اذا دفع المودع بغير امر القاضي وجب ان لا يضمن لانه دفعها
الى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك اجيب بان الدفع اليهم لا يوجبه اذا كان للحفظ والدفع للاتلاف
وقوله لانه ما يدعيه للغايب معناه ان الخصومة لا تسمع الا من المالك او نايبه والمدعى عليه ليس بغايب ولا نايب له حقيقة
لانه لم يوكله وهو ظاهر ولا حكما لان ما يدعيه للغايب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا
المال تجب في مال اخر للمفقود ولا يكون النايب حكما الا في مثل ذلك وسيجي تمامه في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى
فصل ولا يفرق بينه وبين امراته كلامه واضح وقضية من استهوته الجن اي جرته الى المهاوي وهو
المهالك ما روى عبد الرحمن بن ابي ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال اكلت خزيرا في اهلي ثم خرجت
فاخذني نفر من الجن فمكثت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم اتوا بي قريبا من المدينة فقالوا اتعرف النخل
فقلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد ابان امراتي بعد اربع سنين وحاضت وانقضت
عدتها وتزوجت فخيرني عمر بين ان يردها علي وبين المهر قال مالك وهذا مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع
من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة
والجامع بينهما منع الزوج حق المراة ودفع الضرر عنها فان العنين يفرق بينه وبين امراته بعد مضي سنة لدفع
الضرر عنها وبين المولي وامراته بعد اربعة اشهر لدفع الضرر عنها ولكن اخذنا المقدار في المفقود من المولي
والعنين فتعين في حقه المدتان اي التربص بان يجعل السنون مكان الشهور فيتربص باربع سنين عملا
بالشبهين قوله ولنا ظاهر وحاصله ان البيان في الحديث المرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم مجمل وقول علي رضي
الله عنه خرج بيانا لذلك المبهم وقوله وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه رواه ابن ابي ليلى قوله
ولا معتبر بالايلاء جواب عن قياس مالك صورة النزاع على الايلاء وهو ظاهر فان الايلاء اذا كان طلاقا كان
مزيلا للملك بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه طلاق لا معجل ولا مؤجل قوله ولا بالعنة جواب عن القياس بالعنة
وتقريره ان العنة بعدما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تنحل ففات حقها على التابيد فيفرق بينهما
بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امراة المفقود فان حقها مرجو قبل مضي اربع سنين وبعده قوله واذا تم له
مائة وعشرون سنة اختلف روايات اصحابنا في مدة المفقود روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه مائة
وعشرون سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قيل وهذا يرجع الى اهل الطبايع والنجوم
فانهم يقولون لا يجوز لاحد ان يعيش اكثر من هذه المدة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران فانه اذا لم يبق
احد من اقرانه حيا حكمنا بموته لان ما يقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر
مثل النساء وبقاؤه بعد موت اقرانه نادر وبنا الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل يعتبر اقرانه
في جميع الدنيا او في الاقليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرايض السراجية وفي المروي عن ابي يوسف بماية
سنة لان الظاهر لا يعيش احد في زماننا اكثر من ماية سنة وقدر بعضهم بسبعين لانه متوسط ليس بغالب ولا نادر
والاقيس وهو افعل التفضيل للمفعول وهو للمقيس على طريق الشذوذ كقولهم اشغل من ذات النحيين
ان لا يقدر بشي من المقدرات كالماية والسبعين ولكنه يقدر بموت الاقران لانه لم يقدر شي اصلا
ليبطل حكم المفقود والارفق ان يقدر بتسعين لانه اقل ما ذكر فيه من المقادير وقوله واذا حكم بموته ظاهر
وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي اي لا تصح الوصية بل توقف وذكر في الذخيرة واذا اوصى رجل
للمفقود بشي فالقاضي لا يقضي بها ولا يبطلها حتى يظهر حال المفقود لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث تحبس
حصة المفقود حتى يظهر حاله فكذلك في الوصية وهو الاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله وتصادق
الورثة المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لان الاجنبي الذي في يده المال اذا قال قد مات المفقود قبل
ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد اقر بان ثلثي ما في يده لهما
فيجبر على تسليم ذلك اليهما قوله اولاد الابن بني ابن مفقود لا يمنع اقرار ذي اليد لانهم لا يدعون لانفسهم شيا
بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا اقر من في يده المال اما لو جحد ان يكون المال الذي في
يده للميت فاقامت البنتان البينة ان اباهما مات وترك لهما ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث
معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى البنتين النصف لانهما بهذه البينة اثبتا ان اباهما مات وترك هذا
المال

بين ايديهما

المال لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع لهما
البنتين نصف المال لانهما في هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له
بالبينة واذا اثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يد عدل لان الذي في يديه
يجحد وهو غير مؤتمن عليه وانما قيد بقوله والمال في يد اجنبي لانه اذا كان في يد الابنتين والمسئلة بحالها فان
القاضي لا ينبغي ان يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيء من ايديهما
لان النصف صار لهما بيقين والنصف الباقي للمفقود من وجه ويريد بقوله ولا نقف منه شيئا للمفقود ان
لا يجعل شيئا مما في يد الاثنين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود وطلب
البنتان ميراثهما واتفقوا ان الابن مفقود فانه يعطى البنتان النصف وهو ادنى ما يصيبهما ويترك الباقي
في يد ولدي الابن المفقود من غير ان يقضى به لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين
وكان النصف متيقنا به قوله ونظير هذا يعني المفقود الحمل في حق وقف النصف فانه يوقف له ميراث
ابن واحد على ما عليه الفتوى وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية في علم الفرائض وقوله
ولو كان معه اي مع الحمل وارث اخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه كما اذا ترك امراة حاملا
وجدة فان للجدة السدس لانه لا تتغير فريضتها بالحمل وكذلك اذا ترك ابنا وامراة حاملا فان المراة تعطى الثمن
لانه لا تتغير فريضتها وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى كابن الابن والاخ او العم فانه لو ترك امراة حاملا واخا
او عما لا يعطى الاخ والعم شيئا لاحتمال ان يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم فلما كان يسقط بحال كان اصل
الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطى شيئا كذلك وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كالزوجة والام فانه
اذا كان الحمل حيا يرث الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فهما يرثان الربع والثلث فيعطيان الثمن والسدس
المتيقن كما في المفقود يعني انه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير
نصيبها وكذلك لو ترك اخا وابنا مفقودا لا يعطى الاخ شيئا وكذلك لو ترك اما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود
حيا تستحق الام السدس وان كان ميتا تستحق الثلث كما في الحمل والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الابواب المارة ان تقف الى هنا على الوجوه المذكورة
ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث ان نصيب المفقود من مال مورثه يختلط بنصيب غيره كاختلاط
المالين في الشركة ذكرها عقيبه وهي عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الاخر
ثم سمي العقد الخاص بها وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له والشركة جائزة لان النبي صلى الله
عليه وسلم بعث والناس يتعاملونها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا
هذا من غير نكير منكر وهي على ضربين شركة املاك وشركة عقود وكلامه ظاهر قوله خلطا ينفي التمييز اي الخلط الحنطة
بالحنطة او الاختلاط كخلطها بالشعير وقوله فانه لا يجوز يعني البيع من الاجنبي الا باذن شريكه قوله وقد بينا الفرق
في كفاية المنتهى قيل الفرق ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط فاذا
حصل بغير تعد كان سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زايلا الى الشريك في حق البيع
من الاجنبي وغير زايل في حق البيع من الشريك كانه يبيع مال نفسه عملا بالشبهين قوله قابلا للوكالة احترازا عن الشركة
في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد فان الملك في هذه الصورة تقع لمن باشر سببه خاصا على وجه
الاشتراك اي شركة العقود وكلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة تتضمن عقد الكفالة
ثم علل تضمين هذه العقود بقوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه اي من عقد الشركة
وشرح هذا انما تضمنت هذه العقود الوكالة لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة ولا يصير
المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما الا وان يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملا لنفسه
حتى يصير مشتركا بينهما فصار كل واحد وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة قوله ثم هي اربعة اوجه ذكر لوجه
الحصر على ذلك ان الشريكين اما ان يذكرا المال في العقد او لا فان ذكرا فاما ان يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في
راسه وربحه او لا فان لزم فهو المفاوضة والا فهو العنان وان لم يذكراه فاما ان يشترط العمل فيما بينهما في مال الغير
او لا فالاول الصنايع والثاني الوجوه ومعنى البيت لا يصلح امور الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن امرا
وساداتهم اذا كانوا متساوين يتحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السري وهو جمع عزيز لا يعرف غيره وقيل
هو اسم جمع للسري قوله فلا بد من تحقيق المساواة ابتدا وانتها فانما اما ابتدا فظاهر بنا على ما ذكر من ماخذ اشتقاقه
واما انتها فلان المفاوضة من العقود الجايزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها
حكم الابتداء وهي لابد المفاوضة تشترط المساواة فكذا في الانتها وقوله وذلك اي تحقيق المساواة في المال والمراد

النصف لانهما بهذه البينة صح

الوكالة صح

ان هذه العقود المستفاد

ما تصح

ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح فيه الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض
او ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون وقوله وكذلك اي انفرادها فاسدة اي كل من الوكالة
والكفالة بالمجهول فاسدة حتى لو وكل رجلا فقال وكلتك بالشرا او بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة
للمجهول بالمعلوم باطلة فالكفالة للمجهول بالمجهول اولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة جايزة كما اذا قال لاخر
وكلتك في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله اجيب بان العموم ليس بمراد هنا فانه لا يثبت
الوكالة في حق شرى الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بالمجهول الجنس فلا يجوز قوله
الا انه يتحمل تبعا كما في المضاربة يعني الوكالة بالمجهول الجنس موجودة في المضاربة وهي جائزة هناك تبعا فكذلك
المفاوضة وقوله لان المعتبر هو المعنى دون اللفظ وضحه ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة
بشرط ضمان الاصيل كفالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانتفاء التساوي اي في كونهما ذمتين وقوله ولا تجوز اي المفاوضة
بين الحر وبين المملوك ظاهر واعترض على قوله ولما انه لا تساوي في التصرف بان المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي
مع انهما لا يتساويان في التصرف فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لاعتقاده المالية فيها والكتابي لا يتصرف
فيها وكذلك الكتابي لو اجر نفسه للذبح دون المجوسي لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الحنفي والشافعي مع
وجود التفاوت كما قال ابو يوسف واجيب بان عدم المساواة مبطل للعقد لا محالة والتفاوت في الموقوذة
لا يعتبر لان من يجعل الموقوذة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي فتتحقق المساواة واما مواجرة نفسه
للذبح فان المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكتابي والمجوسي من اهل ان يتقبل ذلك العمل على
ان يقيم بنفسه او بنايبه واجارة المجوسي للذبح صحيح يستوجب بها الاجر وان كان لا تصح ذبيحته واما مسئلة الحنفي
والشافعي فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية عامدا ليس بمال متقوم ولا يجوز
التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة فتتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف
وقوله ولا بين الصبي يعني وان اذن لهما ابوهما لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهما ليسا من اهل ذلك وكذلك
المكاتبان وقوله اذ هو اي العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما يعني وقد يكون عاما في انواع التجارة
وقد يكون خاصا في نوع منها والمفاوضة عامة فيها فيجوز ان يذكر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كما يجوز
اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم قوله وتنعقد على الوكالة والكفالة اي وتنعقد شركة الوكالة على المفاوضة
كجماعة الشركات ليتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا يعني قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف
مشتركا وعلى الكفالة على معنى ان يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما يشتريه الاخر واليه اشار بقوله
ليتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله لان مقتضى العقد تحليل
المستفيد منه وهو قوله يكون على الشركة قوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله والبايع اي بايع الطعام
والكسوة وقوله مما يصح الاشتراك فيه البيع والشرا والاستيجار اما صورة الشرا والبيع فظاهرة واما صورة
الاستيجار فهي ان يستاجر احد المتفاوضين اجيرا في تجارتها او دابة او شيئا من الاشياء فللموجر ان ياخذ بالاجر
ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك اذا استاجر
لحاجة نفسه او استاجر ابلا الى مكة يحج عليها فللمكاري ان ياخذ ايهما شاء الا ان شريكه اذا ادى من خالص
ماله رجع به عليه لانه ادى ما تكفل عنه بامره وان ادى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المودى واما في شركة
العنان فلا يواخذ به غير الذي استاجر لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الاخر
الجناية على بني ادم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة فلو ادعى رجل على احد المتفاوضين
جراحة خطا لها ارش مقدر فاستحلفه فحلف ثم اراد ان يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه
لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الاخر كفيلا به
الا ترى انه لو ثبت بالبينة او بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شي ولا خصومة للمجني عليه
معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة اذا ادعاه على احدهما وحلفه عليه ليس له ان يحلف
الاخر ايضا وصورة الخلع ما اذا كانت المراة عقدت عقد المفاوضة ثم خلعت من زوجها فان لزم عليها من بدل
الخلع لا يلزم شريكها وكذا لو اقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا تبين صورة غيره وقوله ولو
كفل احدهما كان هو وقوله ولو صدر يعني عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لو اقر بالكفالة الى بعد
في حالة الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها يكون حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة
وقوله فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة يعني وحاجتنا هنا الى البقاء اذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة لا نهاية لها
فلا يلزم ما لزم المال على الشريك الضامن لزم على الاخر وهذا هو حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلامنا ثمة

خاص صح

في الابتداء ابانه هل يلزمه اولا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبرهنا لان الابتداء ثمة محتاج اليه ولا كذلك هنا لصحة
الابتداء لكون الضمان من احوال الضمان دون الصبي قوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون الحقوا ما الاقراض
فعند ابي حنيفة رحمه الله انه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع قوله ولو سلم فهو اعادة اي ولئن سلمنا
ان اقراض احد المتعاوضين لا يلزم صاحبه فان ما لا يلزم لان الاقراض اعاره لا معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه
لانه تبرع قوله ولو سلم فهو دليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم
بهذا ان ما يأخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقرضه لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية قوله حتى لا يصح فيه
الاجل اي لا يلزم لان تاجيل الاقراض والعارية جائز لكن لا يلزم المضي على ذلك التاجيل قوله فلو كانت الكفالة
بغير امره متصل بقوله اذا كانت الكفالة بامره وقوله في الصحيح اشارة الى نفي ما ذهب اليه عامة المشايخ
في شروح الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في التفرقة
بينهما واجاب عن الاطلاق جواب الكتاب اي الجامع الصغير بانه محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لانها
تكون معاوضة انتهاء والا فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة
في انه يلزم ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك ويلمح تحرير المذاهب على هذا
الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة بان من جوامع ابي حنيفة في
ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولهما ان ضمان
الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتمل للشركة فانه يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل
للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان ولذلك يصح اقرار المأذون به ويؤاخذ به كذلك يصح اقرار
الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء قوله
وان ورث احدهما مالا بالتنوين اي المال الذي يصح به الشركة فيه كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة
بطلت المفاوضة لما ذكر في الكتاب قوله فان المساواة ليست بشرط فيه اي في الكفالة ابتداء او كل ما ليس بشرط
ابتداء ليس شرطا فيه دواما لان للدوام حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان احد الشريكين اذا امتنع من المضي
على موجبه لا يجبره القاضي على ذلك وتامل في كلام المصنف رحمه الله تامل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه
بان عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فللدوام حكم الابتداء حتى انها لا تبقى بموت احد المتعاقدين فكيف
يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه وهو ان يكون للدوام حكم الابتداء وذلك لانا قد قلنا كل ما هو
عقد غير لازم فللدوام حكم الابتداء وهذا ثابت بالاستقراء وتضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم
فللدوام حكم الابتداء واما ان يكون بعض العقود اللازمة ايضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضير في مطلوبنا
لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب
ولان هذه المفاضلة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء لما كان البحث عما ينعقد به شركة المفاوضة وغير البحث
عنه فصل عما قبله في فصل على حدة وقال ولا تنعقد الشركة اي شركة المفاوضة لان الكلام فيها اذ ذكر فيها
المال الا بالدراهم والدنانير وانما قيدنا بقولنا اذا ذكر فيها المال لانه لو لم يذكر المال فيها فاذا ذكر ليس بحتم فيها فان
المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيهما المال وكلامه واضح غير انه لم يذكر خلاف مالك
نظرا الى ما تقدم من قوله وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة الا اذا ثبت عنه روايتان او يكون تفريعا على قول
من يقول بها مع ابي حنيفة في المزارعة ثم انها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي
جوازها وان كان الجنس مختلف ولم يقل به مالك وقوله بخلاف المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان العامل
يأبى جوازها لما فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح ربح غير مضمون
فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا يصح الا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير واما
في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما
في مال نفسه من غير شريكه فيصح قوله ومنها انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة
في العروض ثم باع احدهما رأس ماله بالف وقيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح ما لم يضمن ولم يملك وذلك لا
يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان ما يشتري كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به البيع بل يثبت وجوب الثمن
في الذمة اذ الاثمان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما في ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما
ضرورة فكان الربح ربح ما ضمن ومعنى قوله عاجل التمنان اي فضل احدهما على الاخر كما ذكرنا واما تفاضلهما معا
فمجاز قوله ولان التصرف في العروض دليل اخر وقد قرره في النهاية على وجه يجره الى ربح ما لم يضمن وذلك لانه قال
لان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة لا تجوز ومعنى هذا ان الوكيل بالبيع
يكون

بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة ... شريكه وضمان الغصب والاستهلاك ... عندهما ... منه

يعني في المضاربة منه

باخذه ... مال صاحبه ... منه

يكون امينا فاذا اشترط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن فاما الوكيل بالشراء فهو ضامن للثمن في ذمته فاذا
شرط له جزء من الربح كان الربح ما قد ضمن قوله قالوا هذا اي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد وقيد بالنافقة
ليظهر ثمرة الاختلاف فانه لو باع فلسين بفلس نسيئة لا يجوز بالاجماع المؤلف اما عندهما فلوجود النسيئة في الجنس الواحد واما
عند محمد فلهذا او لمعنى الثمنية واما اذا كانت باعيانها فعندهما يجوز وعند محمد لا يجوز وسيجيء تمام البحث فيه في البيوع
ان شاء الله تعالى وقوله والاول يعني قول ابي يوسف مع ابي حنيفة اقيس لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه
بفلسين بعينهما كانا متفقين ايضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسألة مبنية
على تلك المسألة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين بطل ثمنية الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض والعروض لا تصلح
رأس مال الشركة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يصح المضاربة بها اي بالفلوس النافقة قال ولا يجوز بما سوى
ذلك كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري وقوله يصلح رأس المال فيهما اي في الشركة والمضاربة
قوله وهذا لما عرف اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين ايهما اي الذهب والفضة وقوله الا ان الاول يعني رواية
الجامع الصغير اصح وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية قوله لانها اي لان مثاقيل الذهب والفضة وقوله الا ان
يجري التعامل استثناء من قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة اصح الا عند
جريان التعامل باستعمالها فتجوز الشركة بها كذا قيل والاولى ان يجعل استثناء من قوله لكون الثمنية تختص
بالضرب المخصوص بدلالة السياق قوله ولا خلاف فيه اي في عدم جواز الشركة بالكيل والموزون قبل الخلط فيما بينا
وان خلطا ثم اشتركا ففيه الخلاف المذكور في الكتاب وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا عند التساوي في المالين واشتراطا
التفاضل في الربح فعند ابي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد الربح بينهما
على ما شرطا وقوله ظاهر الرواية قال ابو يوسف لانه اي المذكور من الكيل والموزون والعددي المتقارب يتعين
بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله وهو ظاهر وشرط جواز الشركة ان لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين بعد الخلط
كما يتعين قبله وهو ظاهر لئلا يلزم ربح ما لم يضمن ووجه قول محمد انها اي الكيل والموزون والعددي المتقارب ثمن من وجه
حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من وجه من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين
يعني الخلط وعدمه فلشبهها بالمبيع قلنا لا تجوز الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد
الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط لان
بالخلط يثبت شركة الملك فيتأكد به شركة العقد لا محالة بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا
جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن مخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق لمحمد يحتاج الى الفرق وهو ما
ذكره ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى ان من اتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد
منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم فان من اتلفه ضمن قيمته واذا كان
من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فيكون الربح له كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب
القضاء اي قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بخط الماضي ولو كان مراده كتاب البعض من هذا الكتاب
لقال سنبينه والذي بينه هنا في كتاب الوديعة ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير
نفسه ينقطع حق المالك اي الغيلة قال واذا اراد الشركة لما كان جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم
والدنانير والفلوس النافقة وفي ذلك تضييق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على
الناس فقال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر ثم عقد الشركة لانه
اذا باع كل واحد منهما تصمونا على الاخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مضمون فيكون العقد صحيحا قال
المصنف وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة واستشكل الكرخي بانه لو كان
المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لا تصلح رأس مال الشركة اذا لم يبع احدهما
نصف عرضه بنصف عرض الاخر اما اذا باع كان الحيلة في جوازه ثم اجاب بعضهم بان معنى قوله ثم عقد الشركة
شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان غرض القدوري بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة
بالعروض وقال اخرون معناه انها شركة ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كلا عقد لان رأس المال عرض
ونظم كلام المصنف لا يساعده وانا اذكر لك ما ذكره شيخ شيخي العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير
زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معنيين احدهما
ربح ما لم يضمن كما بينا والثاني جهالة رأس المال فاذا باع احدهما نصف عرضه بنصف عرض الاخر ثم عقد
الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الذخيرة الطحاوي
والمزني من اصحاب الشافعي لان رأس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه

بواحد من الفلوس منه

بنصف ماله بنصف مال الاخر صار نصف مال كل واحد منهما منه

بالثمن فكان الربح الذي حصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز ولهذا لو باع احدهما عرضه بنصف دراهم
صاحبه ثم عقد الشركة عنانا او مفاوضة يجوز لزوال الجهالة بصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا او قيل
على قياس قول محمد يجوز الا ان يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا
يكون العقد على الدراهم واختار شمس الائمة وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو اقرب الى
الفقه لبقاء جهالة راس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال الجهالة اصلا
لانها من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا
العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك راس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد
تبعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للارض ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري
فقال وهذه شركة ملك عندي لان ما ذكره القدوري انه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما
بينا ان العروض لا تصلح راس مال الشركة ونظير ما ذكره القدوري ويستحب للمتوضئ ان ينوي الطهارة
ثم عدل المصنف بقوله فالنية في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب نظاير كثيرة وقوله يبيع صاحب الاقل اربعة
اخماس عرضه بخمس عرض الاخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون الربح بينهما على قدر راس ماليهما قال واما
شركة العنان فهذا عطف على قوله في اول كتاب الشركة فاما شركة العقود ... والعنان ماخوذ من عن اذا ظهر
سمي به لانه شيء عرض في هذا العقد لا على العموم على الوكالة والكفالة وقيل انه ماخوذ من عنان الفرس لان
الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد
بالباقي وكانه ظاهر وقوله كما بينا اشارة الى قوله من قبل وشرط ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة
قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا
في الربح وجملة القول في ذلك انهما ان شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في
راس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرطا وان عمل احدهما دون الاخر واما اذا
شرطا العمل على احدهما فان شرطا الربح بينهما على قدر راس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة
عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح للعامل اكثر من راس ماله جاز ايضا على الشرط ويكون مال
الدافع عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح للعامل اكثر من راس ماله جاز ايضا على الشرط
ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع اكثر من راس ماله لا يصح الشرط ويكون مال
الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر راس ماليهما ابدا وقوله وهو قول
زفر والشافعي واضح وهو قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان والوضيعة على قدر
المالين رواه اصحابنا في كتبهم عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه وقوله من غير فصل يعني بين التفاضل والتساوي
وقوله كما في المضاربة اعترض عليه بانه اذا كان حكم هذا العقد حكم المضاربة صار في التقدير كانه قال اعمل في مالك
وربحه لك واعمل في مالي وربحه بيننا وفي المضاربة اذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوز ثم هذه
الشركة وان جوز عملهما واجيب بانه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره انه يشبهها من وجه وما
اشبه الشيء من وجه لا يلزم ان ياخذ حكمه من كل وجه وقوله وبخلاف اشتراط جميع الربح جواب عما يقال اذا اشترط
جميع الربح لاحدهما لا يجوز فكذا اذا اشترط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب
ان شرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة الى قرض او بضاعة لانه ان شرطا الجميع للعامل صار قرضا
وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد ان لا يجوز ان يخرج عنها لانه يشبه المضاربة لانه يعمل في مال
الشريك وتشبه الشركة اي شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط
الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جايز مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب
عن قولهم ان اشتراط زيادة الربح لاحدهما يودي الى ربح ما لم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط
العمل عليهما قال ويجوز ان يعقدها كل واحد اي يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون
البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اي في هذا العقد اذ اللفظ اي لفظ العنان لا يقتضيه اي لا
يقتضي المساواة بل ينبئ عن الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة وقوله للوجه الذي ذكرناه يعني ما ذكره في اول هذا الفصل
انه يودي الى ربح ما لم يضمن وقوله ويجوز ان يشتركا الخ وقوله فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله يعني اذا لم يعرف
انه ادى الثمن من مال نفسه او من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة فان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه
وقوله فاذا هلك مال الشركة ظاهر وقيد الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي
ضمن عقد الرهن فانها فيهما تبطل ببطلان ما تضمنها من الشركة والرهن لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن معا وانما

يبطل

الوكالة

كما في المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس ابي يوسف لا يجوز ٢

يبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة نظيره ما اذا كان قيمة عروض احدهما اربعمائة درهم مثلا وقيمة عروض الاخر مائة درهم ٢

شرط

الوكالة المفردة وكل رجلا بشراء عبد ودفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل واما المضاربة فقد قال فخر الاسلام
في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف
لما ذكره المصنف انها تتعين فيها بالقبض فليتامل في المسئلتين روايتين وقوله لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله اي
الشريك الذي لم يهلك ماله ما رضي بشركة صاحبه الذي هلك ماله الا على تقدير بقاء ماله لتثبت له في ماله كما تثبت
هو من مال هذا وقوله وايهما هلك هلك من مال صاحبه ظاهر وقوله ثم الشركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد
فايدته تظهر في حق جواز بيع الكل فعند محمد ... جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك
المال بعد تمامها كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع احدهما الا في حصته لان شركة
العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلكه قبل الشراء بمال الاخر وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما
في المتاع شركة ملك وقوله وقد بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته وقوله وانه اي الخلط الشركة في الاصل
على تاويل الاشتراك وقوله وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع المال يعني وانما قلنا ان الربح فرع المال لان
المحل اي محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال شركة الاموال ويشترط تعيين راس المال وما اعتبر التعيين
الا ليكون الشركة في الثمرة مستندة الى المال بخلاف المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما
هو عامل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله وهذا اصل الشارة الى قوله لان الربح فرع المال وقوله
حتى لا يعتبر اتحاد الجنس يعني بناء على اصلهما ذلك فانه اذا كان راس مال احدهما دراهم والاخر دنانير تنعقد
الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي وكذلك ان كان راس مال احدهما بيضا والاخر سودا ولا
تجوز شركة العمل اي على قول زفر والشافعي لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون
المال وكل ما هو مستند اليه هو الاصل اما انها مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال ولا بد من تحقيق معنى
الاسم فيه واما ان كل ما هو مستند اليه هو الاصل فلان المراد بالمستند اليه هو ان يكون غيره مبنيا عليه وذلك
حد الاصل وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد لان
كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه بطريق الاصالة وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة
وجاز ان يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز ان يضاف الى عينه العلة واما اذا كان الاصل هو العقد وهو
موجود ثبت الحكم في الفرع وهو الربح وان لم يختلط المالان والدليل الثاني وهو قوله ولان الدراهم والدنانير
لا يتعينان كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك
المال قبل ان يشتري به شيئا لان هلاك المال وبقاه اذ ذاك بمنزلة لكون الاصل وهو العقد قد وجد واذا
موجود فلا يبالي بعد ذلك ببقايه اجيب بان بقاء الاصل شرط لوجود الفرع والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه
وهو المال وكذلك الفرع واعترض ايضا بان المالين اذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التمييز كما في العروض
واجيب بان علة فساد الشركة في العروض ليس عدم التمييز بل هي ما ذكرنا من افضايه الى ربح ما لم يضمن وقوله وصار
كالمضاربة يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقا بالعقد دون المال كما في المضاربة
فانه ليس هناك خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفرع المتوقف عليه
فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح ويصح شركة العمل وقوله ولا يجوز الشركة واضح وقوله ونظيره في المزارعة
يعني انه اذا اشترط لاحدهما قفيزان كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة ان يكون الخارج
بينهما ثم ... قال ولكل واحد من المتفاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة او عنان ان يفعل
وان لا يفعل يجوز له ان يبضع لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جاز العمل به ولان له ان يستاجر على العمل لتحصيل
الربح بلا خلاف وكل شيء جاز له ان يستاجر لتحصيل الربح جاز له ان يستاجر لتحصيل الربح جاز له ان يبضع لان الاستيجار
تحصيل بعوض والابضاع بدونه وكان الاستيجار اعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وان يودع المال لانه معتاد
معتاد ولا يجد التاجر منه بدا وان يدفع مضاربة لانها دون الشركة الا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضيعة
وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفادا بعقد الشركة لانها دون
الشركة فتضمنها الشركة هذا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه اي عقد المضاربة نوع شركة لانه
ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين ان يشارك مع غيره بمال الشركة
فكذا لا يدفعه مضاربة والاول اي جواز الدفع مضاربة اصح وهو رواية الاصل لان الشركة يعني في المضاربة
غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه احد الشريكين كما لو استاجر اجيرا بالعمل فانه
يجوز قولا واحدا وهذا اولى لانه يحصل بدون ضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب
على رب المال شيء بخلاف الاجارة فان الاجير اذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستاجر ضامنا

للاجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشي لا يتسع مثله فان قيل هذا منقوض بالمكاتب فانه جاز له ان يكاتب
عبده والعبد المأذون له جاز ان يأذن لعبده فالجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما اطلق
في الكسب واسبابه وهذا من اسباب الكسب المطلقة لا انه من المستتبعات لان ايجاد كل منهما يتصرف فيه وهو طالع
واعترض بان الحكم الثابت مقصودا اعلى من الحكم الثابت في ضمن شي آخر لا محالة والوكيل الذي كانت وكالته
مقصودة ليس له توكيل غيره واجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا
والشبهة وجه القياس في هذه المسألة وجوابها وجه الاستحسان وقوله الا على وجه البدل احتراز عن المقبوض
على سوم الشراء فانه قبض لاجل ان يدفع الثمن وقوله والوثيقة احتراز عن الرهن فان المرهون مقبوض لاجل
الوثيقة قال واما شركة الصنايع كلام ظاهر وقوله لا يفيد مقصودها اي مقصود الشريكين وهو التثمير
ظاهر وفي بعض النسخ لا يفيد مقصوده اضاف المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين بادنى
ملابسة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة قوله ولا يشترط فيه اي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان
خلافا لزفر ومالك رحمهما الله تعالى لا ان اتحدت الاعمال كالقصارين اشتركا او صباغين جاز وان اختلفت
كصباغ وقصار اشتركا لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يعمله صاحبه فان ذلك ليس من صنعه
فلا يتحقق ما هو مقصود الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ان المقصود منه التحصيل وهو
ممكن بالتوكيل لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان واختلافهما اما الاول فلان التوكيل بتقبيل العمل صحيح ممن يحسن
مباشرة ذلك وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيديه بل له ان يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد
منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا واما الثاني فلان لاحد الشريكين لو عمل في دكان والاخر في دكان اخر
لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على اصل زفر ان فيه في مسئلة الخلط
ان شركة التقبل لا تجوز فكيف يصح قول زفر مثل مالك في جوازها اذا كانت الاعمال متفقة اجيب بان لزفر رحمه الله
له في هذه المسئلة اعني الخلط قولان فذكر الحكم في تلك المسئلة على الرواية التي يشترط فيها خلط المال وذكر هنا حكم
الرواية التي لا يشترط ولم يكن الخلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره متناقضا قوله ولو شرطا
العمل نصفين اي اذا اشترطا في شركة التقبل ولم يكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح اثلاثا جاز
استحسانا والقياس ان لا يصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد كما
تاديته اليه اي الى ربح ما لم يضمن وصار كشركة الوجوه في ان التفاوت في الربح لا يجوز اذا كان المشترى بينهما
على السواء واما اذا اشتركا التفاوت في ملك المشترى فيجوز التفاوت في الربح في شركة الوجوه ايضا قوله
ولكنا نقول وجه الاستحسان ان ما ياخذه كل من الشريكين ربحا لان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا لو استاجر دارا
بعشرة دراهم ثم اجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه
لم يتحد لان راس المال عمل والربح مال فكان ما ياخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضيا بقدر معين كان
ذلك منهما تقويما للعمل فيتقدر بقدر ما يقوم به ولا يجوز لانه لم يساوه ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس
المال متفق وهو المال الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت او دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق قوله وربح
ما لم يضمن تقديره لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن وذلك لا يجوز الا في المضاربة وانما جاز فيها لوقوعه
بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان
بمقابلة الربح موجود اي فيلزم فيها ربح ما لم يضمن فلا يجوز قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه
ظاهر وقوله الدفع بالدفع اليه اي تبرأ ذمة دافع الاجرة الى كل واحد من الشريكين قيل فيجوز ان يكون معناه ما يبرأ
الدافع من كل من الشريكين بالدفع اليه اي صاحب الثوب مثلا لو اخذ احد الشريكين ثوبا للصبغ ثم صبغه ثم دفع
للآخر الثوب مصبوغا الى صاحبه برئ من الضمان قوله وهذه اشارة الى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى
الكفالة ظاهر في المفاوضة وفي غيرها وهو العنان استحسان اي معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف
ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وان لم يذكر وانما هي
مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ليس من مقتضاها بدون التنصيص بذكره ووجه الاستحسان ان هذه الشركة
مقتضية للضمان الا ترى ان ما يعمله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا اي ويكون العمل مضمونا
يستحق الاخر الاجر بسبب نفاذ تقبله اي تقبل صاحبه عليه ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الاجر لان الغرم
بازاء الغنم فاذا كان كذلك جرى هذا العقد مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل وفي وجه الاستحسان
مصادرة على المطلوب فتامل وانما قيد بجريانه مجرى المفاوضة في هذين الشيئين لان فيما عداهما لم يجر هذا العقد
مجراها حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن اشنان او صابون او اجر اجير او اجرة بيت لمدة مضت لم يصدق
علي

علي صاحبه الا ببينة ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار موجب المفاوضة
قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه وهي ان يشترك الرجلان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما
اي بوجاهتهما عند الناس صحيحة عندنا على هذا اي على كونهما يشتريان بوجوههما سميت شركة الوجوه لانه لا يشترى
بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من اهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة
والكفالة في الابدال اي الثمن والمثمن فيكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه ويكون المشترى بينهما نصفين
ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة او بما يقوم مقامه كما تقدم واذا اطلقت كانت عنانا لان المطلق ينصرف اليه
لكونه المتعارف فيما بين الناس وهي اي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين
ما بيناه في شركة التقبل وهو ان الربح عنده فرع المال فاذا لم يوجد المال لا تنعقد الشركة وقلنا ان الشركة
في الربح مستنده الى العقد الخ قوله ولا يجوز ان يتفاضلا فيه اي في الربح فان شرط لاحدهما الفضل بطل
الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما قوله وهذا اشارة الى تحتم المساواة في اشتراط الربح وقوله بالنصف
قيد اتفاقي فانه يجوز ان يلتقيا باقل من النصف ولا يستحق بالسواء فان قيل لم لا يجوز ان يستحق الزيادة
لزيادة اهتدائه وحذاقته رايه وتدبيره في الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة اجيب بان اشتراط الزيادة
في الربح بزيادة العمل انما تجوز اذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا وقوله الا ترى توضيح
لقوله ولا يستحق بالسواء قوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه عود الى المبحث لاتمام المطلوب يعني
ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل وقوله على ما بينا قيل هو اشارة الى ما ذكره
شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة على ربح ما لم يضمن وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة
الوجوه لان جنس المال متفق الخ وتقريره انه استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر الملك
في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه يصح فيها لما ذكرنا من
وجود مقابلته بالمال او العمل والوجوه اي شركة الوجوه ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من
الشريكين واما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا على العمل على رب المال بخلاف العنان لانه
في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق بها فيه نظر
لان ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان لشبهه المضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان لان العنان شبيه بالمضاربة
فكان علة تجويز ربح ما لم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك بما تقدم انه يودي الى ربح ما لم يضمن والجواب
ان العنان بالعروض لو كان مودنا الى ربح ما لم يضمن فقط لا غتفرناه لكن انضم الى ذلك جهالة راس المال
والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي اغتفاره حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع الى تخصيص
العلة فان ما يلزمه مشايخه اقتصار الى مخلصه المعلوم في الاصول فصل وجه فصل الوكالة
عن الصحيح وتاخيره عنه لا يخفى على احد وكلامه واضح لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل عامل دليلان على
المطلوب تقرير الاول المدعي ان التوكيل في اخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل بالوكالة وهو واحد
المباح وامر الموكل بأخذه غير صحيح لكونه صادرا عن غير محل ولاية وتقرير الثاني التوكيل باخذ المباح باطل
لان الوكيل يملكه بدون امر الموكل ومن يملك شيئا بدون امر الموكل لا يصلح ان يكون نائبا عنه لان التوكيل
اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون امره
لئلا يلزم اثبات الثابت وتوقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد غير معين فان الوكيل يملكه بدون امر الموكل
بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صح ان يكون نائبا عن الموكل والجواب ان معناه يملكه بدون
امر الموكل بلا عقد وصورة النقض ليست كذلك فانه لا يملكه الا بالشراء قوله وللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ
عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك قد عرف في موضعه اي في كتاب الشركة من المبسوط
قيل تقديم ذكر محمد رحمه الله في المبسوط دليل على انهم اختاروا قول محمد ووجه قول ابي يوسف انه رضي بنصف المجموع
وان كان ذلك مجهولا في الحال لانه يعلم في المال وكانت جهالته على شرف الزوال فانه معرض ان يصير معلوما
عند الجمع فاذا كان راضيا لا يزاد على نصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع في
الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لانه يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة ووجه قول محمد رحمه الله انه
لا يمكن تقديره اي تقدير اجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقدرا حيث لا
يدري اي نوع من الحطب نصيبان واي قدر منه يجتمعان ولا يدري ان ايضا هل يجد ان ما عقدا عليه عقد
الشركة اولا يجد ان فاذا كان كذلك لا يمكن ان يقال ان المعين رضي بنصف المسمى من الحطب او غيره
لان الرضى بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ فههنا اولى لانهما اصابا قوله واذا اشتركا ولاحدهما بغل

وللاغر راويه الراويه في الاصل بعير السقا لانه يروي الماء اي يحمله ثم كثر حتي استعمل في المزادة وهي المزادة هكذا قال ابو عبيدة المزادة لاتكون الا من جلدين تقام بجلد ثالث بينهما ليسع والجمع مزاود ومزايد وقوله لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره فيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما مر وكل فرع تابع وكونه تابعا للمال انما هو مذهب الشافعي كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب انه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وهنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان العلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها يضاف الى الشرط والربح عبارة عن الزيادة فيقال اوجبت الارض ريعا اي غلة لانها زيادة وقوله على ما بيناه من قبل اشارة الى ما ذكره في باب احكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحوقه اي قوله ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في احكام الاسلام الى اخره وقوله لانه اي الموت عزل حكمي لكون موت الموكل موجبا عزل الوكيل لكنا لتحويل ملكه الي ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به الا ترى ان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بانه قد تقدم ان الوكالة قد تثبت في ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع واجيب بان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا تصلح الشركة بدون الوكالة اشار المصنف رحمه الله الي ذلك آنفا بقوله ولا بد منها اي الوكالة لتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق تحقق المشروط بدونه وقوله ولانه اي الفسخ عزل قصدي فيتوقف على العلم قال ولما كانت احكام هذا الفصل ابعد من مسائل التجارة اخرها في فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج الى الشرح سوى ما نذكره قوله اما اذا اداه يا من ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه يعني عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقوله لان الظاهر انه لا يلزم الضرر يعني اذ يقبض ماله على يد الوكيل لا لدفع الضرر اي يقع الواجب في ذمته وقوله لانه عزل حكمي اعترض عليه بانه يشكل بالوكيل بقضاء الدين فانه هنا كان اذا قضي الموكل بنفسه ثم قضي الوكيل فان علم باداء الموكل فهو ضامن وان لم يعلم لا يضمن شيئا فقد فرق هنا كان بين العلم وعدمه مع انه فصل العزل الحكمي هناك ايضا باداء الموكل واجيب بان الوكيل بقضاء الدين مامور بان يجعل المودي مضمونا على القابض على ما هو الاصل لان الديون تقضي بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل فلم يكن اداؤه موجبا عزل الوكيل حكما توضيح الفرق ان هنا كان لو لم يوجب الضمان لما ادي الى الحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهذا اوجب الضمان بكل حال واعترض عليه ايضا بان زكاة كل واحد تسقط عنه بعد ادائه فترتب عليه عزل وكيله وحال ما يودي عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الاداء واجيب عنه بان امره باداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الامر وعند اكونه الموكل على نفسه الزكاة الحالة حالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا يوصف في هذه الحالة انها حالة استقرار الزكاة فكان اداؤه على غير الوجه الماذون فكان مخالفا لامره لذلك ضمن وقوله واما دم الاحصار جواب عن قوله فصار كالمامور بذبح دم الاحصار وتقريره انا لا نسلم ان المامور بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا انه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما ان دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى ان يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن امرا مقصودا فلم يكن ان يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المامور فعري فعل المامور عن المقصود بخلاف اداء الزكاة فانه واجب وكان اسقاط الواجب امرا مقصودا وقد حصل هذا المقصود باداء الامر بنفسه فعري فعل المامور عن المقصود فيضمن وقوله واذا اذن احد المتفاوضين صورة المسئلة ظاهرة وتقرير دليلهما انه ادي دينا عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شرا الطعام والكسوة وقوله وهذا بيان لقوله انه ادى دينا عليه خاصة لان الملك واقع له خاصة به ليحل الوطء والثمن بمقابلة الملك وكان الدين عليه خاصة ولابي حنيفة ان الجارية دخلت في الشركة على البتات واداء المشتري ثمنها من مال الشركة لا يرجع عليه صاحبه بشيء كما لو اشتراها قبل الاذن واداء ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله جريا على مقتضى الشركة اي شركة المفاوضة فان ذلك يقتضي دخول ما ليس بمستثنى كالطعام والكسوة تحتها وشرا الجارية ليست بمستثنى فيدخل تحتها لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها الا ترى انهما لو شرطا التفاوت بينهما في ملك المشترى لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطؤها اجيب بانه كان يحل وطؤها كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد الشرا بغير اذن وقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه استثناء من قوله فاشبه حال عدم الاذن فانه كان مما يتوهم ان يقال كيف يشبه حال عدم الاذن فهناك لم يحل وطؤها

وبعد

وبعد الاذن يحل فازال ذلك بقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لانه لا يمكن ان يقال حل الوطء بناء على انه اشترى جميعها لنفسه لما بيناه انه ينافي مقتضى الشركة يريد به ما ذكره آنفا من قوله جريا على مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك فجارية الهبة في الشائع لان الجارية مما لا ينقسم بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك خاصة بنفس العقد فكان مودبا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضي دينا عليهما لما بينا انها دخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين احدهما انه من قال اعتق عبدك عني ولم يذكر المال فيفعل لا يصير هبة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والعتق يقع عن المامور لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني ان الملك يثبت في نصيب الشريك بالهبة حكما للاذن بالوطء والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكما للاحلال فان من قال لغيره احللت لك وطء هذه الجارية لا يصير ملكا للمخاطب حكما للهبة بالاحلال والجواب عن الاول ان ذلك انما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشرا على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثاني ان المهم اشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز ان يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت قصدا وقوله وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء ظاهر والله اعلم

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي ان المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على اصل المال وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا ووقفتها انا يتعدي ولا يتعدي ووقفت الدار على المساكين وقفا واوقفتها لغة ردية وعرفه شمس الائمة السرخسي بانه حبس المملوك عن التمليك من الغير وسببه طلب الزلفى وشرطه كون الواقف حرا عاقلا بالغا وكون المحل غير منقول وركنه ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين وحكمه خروج الوقف اي الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه وكلامه واضح وما عرفه به ابو حنيفة رضي الله عنه يقتضي ان لا يصح الوقف لانه قال والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله وهو راجع الى قوله فلا يجوز الوقف اصلا هو الملفوظ في الاصل يعني المبسوط ولكنه نعله بالمعنى لا بعين لفظه فان لفظ المبسوط فاما ابو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ثم قال ومراده انه لا يجعله لازما فاما اصل الجواز فثابت عنده كالعارية تتصرف المنفعة الى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله ان يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم الا بطريقين قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتهدا فيه واخراجه مخرج الوصية بان يقول اوصيت بغلة داري وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود المنفعة الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث وقوله واللفظ اي لفظ الوقف ينتظمها اي يتناول ما قاله ابو حنيفة رضي الله عنه حبس العين على ملك الواقف وما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى انتظاما واحدا من غير ترجيح فلا بد من دليل مرجح ثم ابتدا ببيان دليلهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه روى صخر بن جويرية عن نافع ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له ارض يدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس افا اتصدق به قال تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق من ثمره فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه ان ياكل بالمعروف او يوكل صديقا له غير متمول عنه وهذه الارض كانت سهم عمر رضي الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين اصحابه وثمغ لغة فيها وهي بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة وقوله اوله نظير في الشرع وهو المسجد لبيان نفي استبعاد ان يخرج من ملك الواقف ولا يدخل في ملك غيره فان اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو افراز البقعة عن ملكه من غير ان يدخل في ملك احد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذا الحكم في الوقف ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى اي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان عليه اهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع ابطل ذلك كله ولكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل طريق فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل وقوله جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس يدل على ان لزوم الوقف كان من شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقوله كالسائبة اراد به هل الناقة التي تسيب لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفري او شفيت من مرضي فناقتي سائبة ومعناه ان الوقف بمنزلة تسييب اهل الجاهلية من حيث ان العين لا تخرج عن ان يكون مملوكا له منتفعا بها فانه لو سيب دابة لم تخرج عن ملكه

فكذلك اذا وقف ارضه او داره وقوله بخلاف الاعتاق جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير
مشروع لما جاز العتق فانه ازالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك لاحد وقوله وبخلاف المسجد جواب عن قياسهم
الوقف على المسجد وقوله قال في الكتاب يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم
او يعلقه بموته صورة الحكم ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم يريد ان يرجع عنه فينازعه بعدم اللزوم
فيختصمان الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه وقوله والصحيح انه لا يزول ملكه يعني ان المشايخ اختلفوا
على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لانه وقت خروج الاملاك عن ملكه والتعليق
به يدل على ان مراده الخروج عن الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لان الوقف يتصدق بالغلة وهو لا يستدعي
زوال اصل الملك ولانه يتصدق بالغلة دائما ولا يتصدق بها هكذا الا اذا بقي اصل الموقوف على ملكه الا انه يتصدق
بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه والمراد بالحاكم المولى اي الذي ولاه الخليفة عمل القضا
واما المحكم وهو الذي فوض اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق الخصمين ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب
القضا من خلاصة الفتاوى واما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات والاصح انه ينفذ لكن لا
يفتى به وقوله قال الطحاوي وهو بمنزلة الوصية بعد الموت يعني يلزم الوقف على مذهب ابي حنيفة رضي
الله عنه بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في مختصره وقد روى محمد عن ابي حنيفة
رحمهما الله ان ذلك لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على اصوله وقال المصنف
رحمه الله الصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة
حتى لا يلزم ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال
وقوله وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه اي يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله تعالى وان كان
لا يثبت الملك عن الله قصدا فيأخذ التمليك من الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض
وقوله فينزل منزلة الزكاة والصدقة يعني ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد
منزلة تمليك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم الى الفقير قال
واذا صح الوقف على اختلافهم اي اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من انه يصح عندهما ولا يصح عند
ابي حنيفة على ما هو الملفوظ في الاصل والاصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني على قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملكه جاز له اخراجه عن ملكه كسائر املاكه ولما انتقل
الى من بعده ممن شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله يجب ان يكون على قولهما على الوجه الذي سبق
تقريره اعترض عليه بانه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه
على قول ابي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف واما على قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم
ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضي ان لا يصح شرطه في صرف الغلة كما اذا
عتق عبده بشرط ان يصرف غلته الى كذا او جعل ارضه مسجدا بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان فان التصرف
في غير ملكه غير صحيح والجواب عن الاول ان ما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا انما
هو في اللزوم والصحة لا تستلزم اللزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف
قولهما لا قول ابي حنيفة رحمهم الله الا اذا حكم الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلمنا
ان الصحة هنا بمعنى اللزوم ولكن لا يلزم من اللزوم الخروج لا محالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قربة
لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه الا ترى ان القربان يصير بالاراقة لله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام
والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب اليه فيجوز ان يكون امر الوقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير مالكا
لمنافعه فلا يحل فيه تصرف غيره واما المسجد فالاصل الكعبة والمسجد الحرام وفيه سواء العاكف فيه والباد فعلمنا ان الله
تعالى لم يول التخصيص الى الذي جعله مسجدا او الحقه بالمسجد الحرام والكعبة وقوله لان القسمة من تمام القبض
بيانه ان القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم انما يتم بالقسمة وقوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رحمه الله لا خلاف
بينهما ان القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في ان اصل القبض شرط اولا فعند ابي يوسف ليس بشرط
فكذا تتمته وعند محمد شرط فكذا تتمته واما فيما لا يقسم فمحمد ايضا يجوزه بالهبة والصدقة المنفذة اي الصدقة الخاصة
المسلمة الى الفقير وهو احتراز عن الصدقة الموقوفة وهي ما نحن فيه وقوله الا في المسجد والمقبرة استثناء من قوله
ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما اراده
الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة والحاصل ان جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل
القسمة لا يجوز اصلا الا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها اما قبلها فان بقاء الشركة يمنع الخلوص على ما يجي

واما

واما بعدها فلان فرض المسئلة فيما اذا كان الموضع غير صالح لذلك لصغره فيتعين ان يكون بطريق المهاياة والمهاياة في
هذين في غاية القبح الى اخر ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع مثل ان يقول على كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حينئذ
وجد وامتلا وقال ابو يوسف اذا سمى جهة تنقطع مثل ان يقف على اولاده او على امهات اولاده جاز وصار
بعدهم للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك يعني لا الى مالك وكل ما كان زوال الملك
بدون التمليك فانه يتابد كالعتق فموجب الوقف متابد واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه اي على
الوقف مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له لانه ينافي موجبه كالتوقيت في البيع قيل في كلام المصنف تناقض
على قول ابي حنيفة لانه ذكر في اول كتاب الوقف ان الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجبه
عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال هنا موجبه زوال الملك واجيب بان هذا قول محمد ورواية عن ابي حنيفة
والمذكور في اول الكتاب هو قول ابي حنيفة في رواية اخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل اراد
هنا ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فيخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا اوفق واقول
هذا ليس بمناسب لما تقدم من كلام المصنف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره ولابي يوسف
ان المقصود من الوقف هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه فيما اذا جعل على جهة تنقطع لان التقرب
تارة في الصرف الى جهة تنقطع واخرى الى جهة تتابد فيصح في الجهتين وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى
ملكه ان كان حيا والى ملك ورثته ان كان ميتا ولقائل ان يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكرنا عن ابي يوسف لانه
قال وصار بعدهم للفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على ان التابيد شرط والجواب ان المروي عن ابي يوسف امران
احدهما انه لا يشترط التابيد اصلا والثاني انه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف اشار الى
القول الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الى اخره
وفي كلامه تعقيد لا محالة وقوله وهذا اعلى الارسال اي ما ذكره القدوري من قوله ولا يجوز وقف ما ينقل
ويحول على الاطلاق معتضد ... وغيره تبعا ... ولا فيه قول ابي حنيفة والاكرة جمع اكار وهو
الزراع كانه جمع اكر تقديرا وقوله والتبعي الوقف اي في وقف الارض التي عليها ذلك البناء كوقف الحمامات والخانات
والرباطات وقوله لانه لما جاز نقض الافراد ... المنقول يعني عند ابي يوسف غير انه تجعل تبعا لشي كما في المتعارف مثل
الفاس والقدوم والمر عنده اي عند محمد فلان يجوز الوقف اي وقف المنقول تبعا اولى والمراد بالكراع هنا
هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح وقوله لما بينا من قبل يعني ما مر ان شرطه التابيد والتابيد لا يتحقق في المنقول
والمراجل قدور النحاس وقوله الحاقا بالمصحف يعني ان وقف المصاحف صحيح فكذا الكتب ذكر في فتاوى
القاضي خان اختلف المشايخ في وقف الكتب جوزه الفقيه ابو الليث وعليه الفتوى وقوله كل ما يمكن الانتفاع
به مع بقاء اصله في ملكه احتراز عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو
التثمين لا يمكن بها مع بقاء اصله في ملكه وقوله ويجوز بيعه احتراز عن حمل الناقة والجارية فانه لا يجوز بيعه
فكذا وقفه عنده ايضا ولنا ان الوقف في المنقول لا يتابد وهو ظاهر وما لا يتابد لا يجوز وقفه لان التابيد
لا بد منه على ما بيناه فصار المنقولات كالدراهم والدنانير وقوله بخلاف العقار جواب عن اعتباره بالعقار
وقوله ولا معارض من حيث السمع جواب عن قوله فاشبه الكراع والسلاح ووجهه ان الاصل ان لا يجوز وقف
الكراع والسلاح ايضا كالدراهم الا انا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع وقوله ولا من حيث التعامل
جواب عما يقال ترك الاصل في الكراع والسلاح لمعارض من حيث السمع وهو ليس بموجود في المر والقدوم
وغيرهما فليكن صورة النزاع ملحقة بذلك ووجهه ان لها معارضا من حيث التعامل وليس بموجود في صورة النزاع
كالعبيد والاماء والثياب والبسط وامثالها فبقي على اصل القياس وقوله وهذا استحسان على ان الحاق العقار والكراع
والسلاح بهما غير جائز لان غيرهما ليس في معناهما ولم يذكر النص دلالة على شهرة كون التعامل اقوى من
القياس فجاز ان يترك به قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه اي اذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه
الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك القسمة فتصح مقاسمته فقوله الا ان يكون مشاعا استثناء من
قوله لم يجز بيعه وهو منقطع او متصل لان قوله معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كانه بيع المشاع اما
امتناع التمليك فلما بينا يعني ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب وما ذكره من المعنى
بقوله ولان الحاجة ماسة الى اخره وقوله واما جواز القسمة فظاهر وقوله هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي وقوله
خالص صفة عقار اي لو كان له عقار ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب
ان يكون القاسم هنا غير الواقف لئلا يلزم ان يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالبا فان مقاسم النصف

الذي هو الوقف مطالب من ملكه النصف الذي هو غير وقف ومالك النصف يطالب وهو الواقف بعينه المقاسم
لنصف الوقف فكان مطالبا ومطالبا وهو لا يجوز فيرفع امره الى القاضي ليقاسمه او يبيع نصيبه القاضي
الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم بان كان احد النصيبين
اجود فدعت الضرورة الى ادخال الدراهم في القسمة او تراضيا على ذلك فان ادخال الدراهم في القسمة لا يجوز
الا لضرورة او بالتراضي على ما سياتي في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى فلا يخلوا اما ان يكون الواقف ياخذ
الدراهم او يعطيها فان كان الاول لم يجز لانه يعطي بمقابلة الدراهم شيئا من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان
كان الثاني جاز لانه يشتري شيئا بمقابلة الدراهم فوقفه وهو جائز قوله لان الخراج بالضمان هذا لفظ
الحديث وهو من جوامع الكلم ولا جازه معاني جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه
هنا ان غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت الغرامة عليهم ايضا ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر
بهم اي لا يفوز المتولي بهم لعدم تعينهم وغير بهم واقرب اموالهم الى المتولي هذه الغلة فيجب فيها قوله ولو كان
الوقف على رجل بعينه ظاهر وقوله ولا يؤخذ من الغلة يعني حتى فلانه قال فهو في ماله اي مال فلان ايضا وهذه الغلة
ايضا من ماله فلو لم يقيد بذلك تناقض كلامه وقوله ولو كان الوقف على الفقراء يعني لا على رجل بعينه
وكذلك عند البعض اي لا يصرف غلة الوقف الى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل يصرف الى الفقراء وعند
البعض يجوز ذلك والاول وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لانه اشد عليه اصح لما ذكر في الكتاب وهو واضح
وقوله وان وقف دارا على سكنى ولده ظاهر وقوله والاول اولى يريد به اجارة الحاكم لانه بايجرها ثم ردها
الى من له السكنى والثاني هو ترك العمارة واستفيد ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا وقوله
في حيز التردد بيانه ان الامتناع يحتمل ان يكون لبطلان حقه ويحتمل ان يكون لنقصان ماله في الحال ولو جابه اصلاح
القاضي وعمارته ثم رده اليه قوله ولا يصح اجارة من له السكنى اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة تمليك
المنافع بعوض ولا تمليك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونوقض بالمستاجر فان له ان يوجر الدار
وليس لمالكها واجيب بانه مالك المنفعة ولهذا اقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة المعدومة ومن له السكنى
ابيحت له المنفعة ولهذا لم تقوم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره
وما انهدم من بناء الوقف والته قال صاحب النهاية قوله والته يحتمل ان يكون بالجر وبالعطف على البناء
يعني انهدم من الة الوقف بان بلى خشب الوقف وقد يحتمل ان يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو
المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الالة والنقض بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح ذكره
بكسر النون لا غير وقوله ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله على ان التسليم الى المتولي شرط عنده ولم يوجد
قال الصدر الشهيد الفتوى على قول ابي يوسف ترغيبا للناس في الوقف وقوله فقد جوز بالاتفاق وهو
رواية المبسوط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان وهذا الكلام على اصل ابي يوسف فانه لو شرط بعض الغلة
او كلها لنفسه في حال حياته جاز فلامهات اولاده اولى وكذا الاشكال على قول محمد فانه لا يجوز ان يشترط ذلك
لنفسه واشتراطه لامهات اولاده في حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكن جوز ذلك استحسانا للعرف ولانه
لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه للاجانب فيجوز ذلك في حياته
ايضا تبعا لما بعد الوفاة وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهن في حياته اي اشتراط
صرف الغلة في ابتداء الوقف لامهات اولاده ومدبريه وذكر الضمير تغليبا للمدبرين على امهات الاولاد
كاشتراطه لنفسه ثم اشتراطه صرف الغلة لنفسه في ابتداء الوقف جائز بدونهن واشتراطه صرف الغلة لهن
امهات اولاده ومدبريه وجه قول محمد ان الوقف يتبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه اي بطريق
التقرب الى الله فاشتراطه الكل او البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة
فانه لا يجوز ان يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه
فقوله وشرط بالجر عطفا على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه ان يجعل بعض المسجد لنفسه كان مانعا عن الجواز
في الكل فكذا اذا جعل بعض الغلة لنفسه وقوله ولابي يوسف ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ياكل من صدقته
ذكر الحديث شيخ الاسلام في مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع
فدل على صحته وقوله على ما بيناه اشاره الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره
لجهة لا تنقطع ابدا بقوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك والى قوله ولابي يوسف ان المقصود
هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله على وجه القربة ولو شرط الواقف ان يستبدل
به ارضا اخرى اذا شاء ذلك جاز عند ابي يوسف كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وعندهما الوقف جائز
والشرط

والشرط باطل لان هذا الشرط لا يوثر في المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التابيد في اصل الوقف
فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا في نفسه كالمسجد اذا اشترط الاستبدال به
او شرطا ان يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله ولو شرط الواقف الخيار لنفسه
في الوقف ثلاثة ايام جاز الوقف والخيار عند ابي يوسف بناء على توسعه ما مر وعند محمد الوقف باطل وانما قيد
بقوله ثلاثة ايام فتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول ابي يوسف ايضا وقوله
وهذا اي الخلاف بناء على ما ذكرناه اشارة الى ان يجعل غلة الوقف لنفسه جاز عند ابي يوسف فانه لما
جاز ان يستثني الواقف الغلة لنفسه ما دام حيا فكذلك يجوز اشتراطه الخيار لنفسه ثلاثة ايام ليتروى النظر فيه
وعند محمد لما لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار لنفسه ايضا وبهذا التحقيق في المبسوط ثم لما صح الوقف بشرط
الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزا بابطال الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا موبدا واشتراط الخيار يمنع
التابيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد فكان العقد قويا قوله واما فصل الولاية فقد نص
فيه اي فقد نص القدوري في فصل الولاية الجواز على قول ابي يوسف بقوله واذا جعل الواقف الى قوله
جاز عند ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف
الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية وهذا ابطاله لا يستقيم على قول ابي يوسف لان له الولاية
شرط او سكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولي شرط صحة الوقف فكيف يتهيا ان يشترط الواقف
الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم الى المتولي فكيف ادلة بعض مشايخنا وقالوا الاشبه ان يكون هذا قول
محمد لان من اصله ان التسليم الى الحاكم ومعناه ان اصله اذا سلمه الى المتولي وقد شرط الولاية لنفسه
حين وقفه كان له الولاية بعدما سلمه الى المتولي والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير اذا وقف
ضيعته واخرجها الى القيم لا يكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما اذا لم
يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضي خان وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد
التسليم الى المتولي شرط لصحة الوقف فلا يبقى له ولاية بعد التسليم الا ان يشترط الولاية لنفسه
اما على قول ابي يوسف فالتسليم الى المتولي ليس بشرط وكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية
لنفسه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته استدلال لابي يوسف وعبر عنه بقوله ولنا
اشارة الى انه المختار وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح احكام المسجد عمم
قبله في فصل على حدة لمن لغة احكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ومنع الشيوع
عند ابي يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند ابي حنيفة رحمهم الله وان لم يحكم به الحاكم فرق ابي
حنيفة رحمه الله بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا الى ما بعد
الموت كان له ان يرجع فيه واما المسجد فليس له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لان الوقف
اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقفته فكانه قال حبست العين على ملكي وتصدقت
بالغلة ولو صرح بذلك لم يصح ما لم يوص به لان التصدق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا اوصى به او اضافه
الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته واما اذا قال جعلت ارضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على
ملكه فاذا ازاله الى الله تعالى لا يكون له ان يرجع كما لو ازاله بالاعتاق وكلامه واضح وقوله وعن محمد
انه يشترط الصلاة بالجماعة وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ايضا ويشترط مع ذلك ان يكون الصلاة
جهرية باذان واقامة حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله فان اذن رجل واحد واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان صلاته على هذا الوصف كالجماعة
وقوله وقد بيناه من قبل اشارة الى ما قاله عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
بقوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتابد كالعتق والسرداب بكسر السين
معرب سردابه وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبريد وقوله فله ان يبيعه اي لا يكون مسجدا وهو
ظاهر الرواية لان المسجد لا يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وان المساجد لله اضاف الى ذاته
مع ان جميع الاماكن له فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله ومع تعلق حق العباد في السفله او في اعلاه لا يتحقق
الخلوص وقوله وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين يعني فيما اذا كان تحته سرداب او فوقه بيت مستقل او دكان
وانما ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن ابي يوسف ومحمد مع ان هذين القولين منهما في الحكم سواء لينبه له ما
ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد رحمه الله
وقوله لما قلنا يعني من الضرورة وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا اوسط بالسكون لانه اسم مبهم

والشرط باطل لان هذا الشرط لا يوثر في المنع من زوال الوقف فيتم بذلك ولا ينعدم به معنى التابيد في اصل الوقف فيتم الوقف ويبطل الشرط
ويبقى الاستبدال الشرط فاسد اى فيكون باطلا في نفسه كالمسجد اذا اشترط الاستبدال به او شرط ان يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط
باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة ايام جاز الوقف والخيار عند ابي يوسف بناء على
توسعته فيه وعند محمد الوقف باطل وان قيد بقوله ثلاثة ايام فتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول ابي
يوسف ايضا وقوله هذا اي الخلاف بناء على ما ذكرناه اشاره الى ان جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند ابي يوسف فانه لما جاز ان
يستثنى الواقف الغلة لنفسه ما دام حيا فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة ايام ليتروى النظر فيه وعند محمد لما لم يجز ذلك
لم يجز اشتراط الخيار لنفسه ايضا وبهذا البناء صرح في المبسوط ثم لما صح الوقف بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزا باسقاط الخيار
بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا موبدا واشتراط الخيار يمنع التابيد فكان اشتراط الخيار شرطا فاسدا اي نفس العقد فكان العقد
قويا قوله واما فصل الولاية فقد نص فيه اي فقد نص القدوري في فصل الولاية بالجواز على قول ابي يوسف بقوله واذا جعل
الواقف الي قوله جاز عند ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف
الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية وهذا الظاهر لا يستقيم على قول ابي يوسف لانه له الولاية بشرط او سكت ولا
على قول محمد لان التسليم الى المتولي شرط صحة الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم الى المتولي
فلهذا اوله بعض مشايخنا وقالوا الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الخ ومعناه ان اصله اي اصل التسليم الى المتولي
وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه الى المتولي والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير اذا وقف ضيعة واخرجها
الى القيم لا يكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم
قال قاضي خان وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولي شرط لصحة الوقف فلا يبقى له ولاية بعد التسليم الا ان يشترط الولاية
لنفسه اما على قول ابي يوسف فالمتولي ليس بشرط وكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية لنفسه وقوله ولان المتولي انما يستفيد
الولاية من جهته استدلالا لابي يوسف وعبر عنه بقوله ولنا اشاره الى انه المختار وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح احكام المسجد افرد فصل
قبله في فصل على حدة لمخالفة احكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ومنع الشيوع عند ابي يوسف وفي خروجه
عن ملك الواقف عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يحكم به الحاكم فرق ابو حنيفة رحمه الله بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به
حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا الى ما بعد الموت كان له ان يرجع فيه واما المسجد فليس له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه
لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقفت فكانه قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح
بذلك لم يصح ما لم يوص به لان التصدق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا اوصى به او اضافه الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته واما اذا
قال جعلت ارضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فاذا ازاله الى الله تعالى لا يكون له ان يرجع كما لو ازاله بالاعتاق وكلامه واضح
وقوله وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ايضا ويشترط مع ذلك ان تكون الصلاة جهرا باذان
واقامة حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان اذن رجل واحد واقام
فصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان صلاته على هذا الوصف كالجماعة وقوله وقد بيناه من قبل اشاره الى ما قال عند قوله
ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بقوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتابد كالعتق والسرداب
بكسر السين موضع السرداب وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبريد وقوله فله ان يبيعه اي لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية لان المسجد ما
يكون خالصا لله تعالى وان المساجد لله اضاف المساجد اليه اذ انه مع ان جميع الاماكن له فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله ومع
تعلق حق العباد في اسفله او في اعلاه لا يتحقق الخلوص وقوله وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين معنى فيما اذا كان تحته سرداب
وفوقه بيت يستغل او دكاكين وانما ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن ابي يوسف ومحمد مع ان هذين القولين منهما في الحكم سواء
ليتبين له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول محصوص في مصر محصوص ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد رحمه الله وقوله لما
قلنا يعني من الضرورة فاف ——— وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا او وسطا بالسكون لانه اسم مبهم لداخل صحة الدار لا الشي
المعين بين طرفي الصحن وكلامه واضح ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا
وقوله ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه على بناء المفعول يبقى مسجدا عند ابي يوسف الى الآن قال وعند محمد يعود الى ملك الباني قال
في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما بينا فان ابا يوسف لا يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء
وان ترك الصلاة فيه لا يخرج به ان يكون مسجدا وحكي ان محمدا مر بمزبلة فقال هذا مسجد ابي يوسف يريد به انه لما لم يقل بعوده الى
ملك الباني يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر ابو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني لما قال بعوده ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا
بعد ان كان مسجدا فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما اشار اليه استدل ابو يوسف بانه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود
الى ملكه واستظهر بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من ان يكون موضعا
للطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك في سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروف الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد
الى ملكه او ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصره اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير والحشيش ينقل الى مسجد اخر وقوله

به لتسليم الي امر

فصل

كالا لله تعالى

لداخل صحة الدار لا الشي المعين بين طرفي الصحن وكلامه واضح ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى
حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا وقوله ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه على بناء المفعول يبقى
مسجدا عند ابي يوسف الى الآن قال وعند محمد يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة
مبنية على ما بينا فان ابا يوسف لا يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء وان
ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من ان يكون مسجدا وحكي ان محمدا مر بمزبلة فقال هذا مسجد ابي يوسف يريد به
انه لما لم يقل بعوده الى ملك الباني يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر ابو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد
محمد يعني لما قال بعوده ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا بعد ان كان مسجدا فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه
بما اشار اليه استدل ابو يوسف بانه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة فان في
زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من ان يكون موضعا للطاعة والقربة
خالصا لله تعالى فكذلك في سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروف الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك
عاد الى ملكه او ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصره اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير والحشيش
ينقل الى مسجد اخر وقوله ومن بنى سقاية او خانا الخ ظاهر وقوله بخلاف المسجد يعني في حكم الحاكم والاضافة الى ما بعد
الموت ليس بشرط في المسجد وقوله وذلك بما ذكرنا اي التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن في
السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله في هذه الوجوه اي في السقاية والخان والرباط
والمقبرة وقوله ويكتفى بالواحد ظاهر وقوله سكنى الحاج بيت الله تعالى الحاج اسم
جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار في قوله تعالى سامرا تهجرون والثغر موضع
المخافة من فروج البلدان وقيل الرابط الجيش اقام في الثغر
بازاء العدو ومرابطه ورباطه والله اعلم بالصواب

بالجماعة م

تم الجزء الاول بحمد الله وعونه وحسن توفيقه على
يد اضعف العباد الى الله تعالى واحوجهم الى
رحمة العفو الى الله تعالى حسن بن علي
ابن ابراهيم الحسيني العاملي وكان
الفراغ من كتابته في اليوم
الثاني من شهر الله المحرم
الحرام افتتاح عام
اسادس وستين
وتسعمايه
والحمد
وحده
تم

وان تجد عيبا فسد الخللا ٠ جل من لا فيه عيب وعلا

ومن باسقايه اوخاناط وقوله بخلاف المسجد يعني ان حكم الحاكم والاضافة الي ما بعد الموت ليا يشترط في المسجد وقوله وذلك بما ذكرناه
اي التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله في هذا الوجوه اي في السقاية والخان
والرباط والمقبرة وقوله ويكتفي بالواحد وقوله يسكنه الحاج بيت الله تعالى الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار في قوله
تعالى سامرا تهجرون والثغر موضع المخافة من فروج البلدان ويقال رابط الجيش اقام في الثغر بازاء العدو مرابطة ورباطا والله اعلم
بالصواب

كتاب البيوع

انواع ع

لما فرغ من ذكر حقوق الله وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع
بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك والبيع في اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه في الشرع فقيل هو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وهو من الاضداد
لغة واصطلاحا يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه ويقال باعه الشيء وباع منه والاشتمال على الانواع الآتي ذكرها جمعه وجوازه ثابت
بالكتاب بقوله تعالى واحل الله البيع وبالسنة فانه صلعم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير احد وجوه السنة وبالاجماع
فانه لم ينكره احد من المسلمين وعليهم وبالمعقول وهو سبب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بيناه ذلك في التقرير
وركنه الايجاب والقبول او ما دل على ذلك وشرطه من جهة العاقدين العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه
افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض في البيع فانه ممتنع مع كونه ملكا لان
ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقا لنهي النبي صلعم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء
وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن وانواعه باعتبار المبيع اربعة بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة
وبيعها بالدين اعني السعة وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك المساومة و
التي لا يلتفت الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وسيأتي تفسيرها قال رحمه الله البيع ينعقد بالايجاب والقبول الانعقاد ههنا
تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل والايجاب الاثبات ويسمى ما تقدم من كلام المتعاقدين ايجابا لانه يثبت للآخر
خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا ولا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتأخر قبولا وشرطه ان يكون الايجاب والقبول
بلفظين موجبين مثل ان يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع اما انه
البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة واما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع شرعا واما ان كل ما هو كذلك
فهو يعرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به هذا تقرير كلام الشيخ رحمه الله ولا بد
من ضم شيء الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لا يتم الدليل وهو ظ قال رحمه الله ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل
والعالم ينعقد بذلك لان النبي صلعم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجود فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل
ان كان من جانب البايع كان عدة لا بيعا وان كان من جانب المشتري كان مساومة قيل هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا بدون
نية الايجاب في الحال واما اذا كان المراد ذلك فينعقد البيع واسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي ثم قيل في تعليله لان صيغة الافعال
يحتمل الحال فصح بالنية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو
ان يكون بالسين او سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له فان اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد
البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان اراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز ان يقال انه لم
يقل بجوازه وان كان بالنية لانها انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال
على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد به لعلم من الانشاء والمعقول لانا سلمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل
وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان المعهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لا ان الحقيقة تحتاج الى ان ما ينفي ارادة
المجاز على انه واقع للمعقول دون الاثر فان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال
في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية وقوله بخلاف النكاح
يعني انه ينعقد بذلك فان احدهما اذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك انعقد وقدم الفرق هناك وهو ما قال ان هذا
توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح قال رحمه الله وقوله رضيت او اعطيتك هذا لبيان ان انعقاد
البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت او
اعطيته اي الثمن او قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيته اي المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة المعنى المقصود
وكذا اذا قال اشتريت منك هذا بكذا فقال خذه يعني بعت بذلك فخذه لانه امره بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدر
البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سوا في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيد بذلك
لان بعض العقود يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يبينا جميع ما يقتضيه ولهذا اي ولكون
المعنى هو المعتبر في هذه العقود ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق المقصود وهو التراضي وقوله
هو الصحيح احتراز عما قال الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وامثاله ثم ان محمدا رحمه الله اشار في الجامع
الصغير الى ان تسليم المبيع يكفي في تحققه قال رحمه الله واذا اوجب اذا قال البايع مثلا بعت هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قال
في المجلس قبلت وان شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول لكان مجبورا على احدهما.

بالتراضي م

فالبيع يرد فيه

لا يكون الا منه في الشرع ع

ففي شرح

التراضي

القبول يعني بما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف واذا كان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فان
حق التملك ثبت للمشتري بايجاب البايع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خاليا عن حق الغير فالجواب ان الايجاب اذا لم يكن مفيدا
للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبايع وحق التملك للمشتري ان سلم ثبوته بايجاب البايع لا يمنع الحقيقة لكونها
اقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما اذا دفع الزكاة الى الساعي قبل الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير
بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكي فصل الحق عمله لانتفاء ما هو اقوى منه واما سند الى اخر المجلس يجوز ان يكون جوابا
عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول او يتوقف على ما وراء المجلس
وتقرير الجواب ان في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشتري وفي ابقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبايع وفي التوقف على المجلس
يسر بهما جميعا والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في اول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فان
قيل فلم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك فالجواب انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع
في المجلس فيتوقف الايجاب فيهما على ما وراء المجلس قال رحمه الله والكتاب كالخطاب اذا كتب اما بعد فقد بعتك عبدي
فلانا بالف درهم او قال لرسوله بعت هذا من فلان الغايب بالف فاذهب واخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه
واخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت او قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغايب
كالخطاب من الحاضر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك
الرسول معبر وسفير فينقل كلامه اليه قال رحمه الله وليس له ان يقبل في بعض المبيع يعني اذا اوجب البايع البيع في شيئين
صفقة واراد المشتري قبول العقد في احدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك لتضرر البايع بتفريق الصفقة
عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردي في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الردي فلو ثبت خيار
قبول العقد في احدهما لقبل المشتري الجيد وترك الردي فزال الجيد عن يد البايع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبايع لا محالة وهذا التعليل
في الصورة الموضوعة صحيح واما اذا اوصفت المسألة فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل البايع في نصفه فليس بصحيح والصحيح
فيه ان يقال يتضرر البايع بسبب الشركة فان قيل فان رضي البايع في المجلس هل يصح او لا اجيب بان القدوري قال انه يصح
ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف ايجاب لا قبولا ورضي البايع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض
الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي العقد بين باعهما بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار
الاجزاء فيكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد بقبول احدهما وان رضي
البايع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كما سيأتي وان كانت الصفقة متفرقة فله ذلك لانتفاء الضرر عن
البايع واليه اشار بقوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانهما صفقتان معنى والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة
ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبايع ومشتر وبيع وشرا وباتحاد هذه الاشياء مع بعض
ونفوتها يحصل اتحاد الصفقة وتعددها فاذا اتحد الجميع اتحد الصفقة وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة
فقال قبلت واتحد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما بمائة فقال قبلت احدهما بستين والآخر
باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا واتحد الجميع سوى المبيع كان قالا بعنا هذا منك بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد
الصفقة واتحد الجميع سوى المشتري كان قال بعته منكما بمائة فقبل لا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق
المبيع والثمن الا كان بتكرير لفظ البيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياس واستحسان واما تعدد البايع مع
تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع وكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق
قياسا لا استحسانا وقيل لا يوجب التفرق عند ابي حنيفة ويوجبه على قول صاحبيه قال رحمه الله وايهما قام من المجلس
قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهذا اشارة الى ان رد الايجاب تارة يكون
صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح فان
قيل الدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة اجيب
بان الصريح ان وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الجواب الايجاب والقبول تم البيع ولزم ولا خيار لواحد من
العاقدين الا لخيار الا من عيب او عدم رؤية خلافا للش فيما رحمه الله فانه اثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل واحد
من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان واستدل على ذلك بقوله صلى الله
عليه وسلم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق عرض يقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر وهو
لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قولهما
وبعد قولهما وبعد كلام الموجب قبل قبول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه
والثالث حقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان احدهما مراد والآخر محتمل للارادة لا يقال العقود
الشرعية في حكم الجواهر فيكون المتبايعان يعني بعد وجود كلامهما لان الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة كلامهما والكلام

العقد يتم

في حقيقة الكلام وهذا التاويل منقول عن ابراهيم النخعي رحمه الله وقوله والتفرق تفرق الاقوال جواب عما قال التفرق عرض
فيقوم بجوهر ولكن يمكن ان يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون
اسناد التفرق اليه مجازا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم واجيب بان اسناد التفريق والتفرق الى غير الاعيان سائغ شائع
فصار بسبب شيوع الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الاية وقال لا نفرق بين احد من
رسله الاية والمراد التفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو ايضا في الاعتقاد
وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه ايضا كذلك على ان ذلك يصح على مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على
مذهب ابي حنيفة فان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى ان يقال حمله على التفرق بالابدان يرد اليه
جهالة اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المنابذة والملامسة وهو على الاعيان والمعاني
بالاشتراك اللفظي ويترجح جهة التفرق بالاقوال لما ذكرنا فيراد اهله على المتفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التاويل اعني
حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن قال رحمه الله والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها
الاعواض المشار اليها ثمنا كانت او مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف لان
الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا يفضي الى المنازعة
لوجود ما هو اقوى منه في التعريف وكون التقابض بعد الجواز في البيع بخلاف السلم على ما سياتي وهذا انما يستقيم اذا لم يكن
الاعواض ربوية اما اذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربوا وانما لم يقيد في الكتاب لان ذكره ما يتعلق بالربوا
وهذا ليس لبيانه قال رحمه الله والاثمان المطلقة لا يصح الا ان يكون معروفة القدر والصفة الاثمان المطلقة عن الاشارة
لا يصح بها العقد الا ان يكون معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة لكونه بخاريا او سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكل
ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع
التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع قال ويجوز البيع بثمن حال قال الكرخي رحمه الله المبيع ما يتعين
في العقد والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عندنا فهي في البيع وهو ثمن بالاتفاق وقال ابو الفضل
الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقلا عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع
ما يحله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة
على احد طريقي اصحابنا في الاجارة والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست هي
من ذوات الامثال كالثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى اجل بدلا عن عين فانها اثمان وليس اشتراط الاجل لكونها ثمنا
بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها اثمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلها
النقدان فهي مبيعة وان قابلها عين وهي معينة فهو مبيعة وثمن لان البيع لا بد له منهما وليس احدهما اولى بان يجعل مبيعا من الاخر
فيجعل كل واحد مبيعا وثمنا وان كانت اعني المكيلات والموزونات غير معينة فانه دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت هذا العبد
بكر حنطة فهو وصفها كانت ثمنا وان دخلت في غيرها كما ان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كانت مبيعا ولا يصح الا سلما بشروطه هذا
ملخص كلامهم في هذا الموضع وقوله الاعيان ثلثة نقود اعني الدراهم والدنانير وسلعة كالثياب والدور والعبيد
وغير ذلك ومقدرات كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض
والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه قال ومؤجل البيع بالثمن
الحال والمؤجل جائز لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه
لكن لا بد وان يكون الاجل معلوما لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البايع في مدة قريبة والمشتري
يؤخر الى بعيدها قال ومن اطلق الثمن كان على غالب نقد البلد ومن اطلق الثمن بلا ذكر الصفة دون القدر كان قال
اشتريت بعشرة ولم يقل بخاريا او سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة
كان العقد فاسدا الا ان يبين احدها واعلم اني اذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم انزلها
على متن الكتاب حالا فاني ما وجدت من الشارحين رحمهم الله من تصدى لذلك على ما ينبغي فاقول اذا كان في البلد نقود مختلفة
فاما ان يكون الاختلاف في المالية والرواج او في المالية دون الرواج او في الرواج دون المالية او لا يكون في شيء منها بل في مجرد
الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة توقعهما
في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك
لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقوله فان كانت النقود مختلفة يعني في المالية
كالذهب المصري والمغربي فان المصرية افضل في المالية من المغربي اذا فرض استواؤهما في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة تفضي
الى المنازعة اشارة الى القسم الثاني الى ان ترتفع الجهالة ببيان احدها فحينئذ يجوز وقوله او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ

يصرف

يصرف البيع اليه تحريا للجواز اشارة الى القسم الاول والى القسم الثالث لان كون احدها اروج اعم من ان يكون مع اختلاف
في المالية او مع استواء والبيع جائز فيهما وقوله وهذا اي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء في الرواج
اشارة الى القسم الثاني اعاده الى التمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه
دانقا والعدلي اسم لدرهم سمرقندي فانه بمنزلة الناصري ببخارا والاختلاف بين العدالي بغطارفة وغيرها ما وراء النهر
الدرهم عدليا وكل هذا مختلف في المالية مع التساوي في الرواج وقوله فان كانت سواء فيهما اي في المالية يعني مع الاستواء
في الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا اي المتاخرون من المشايخ
وينصرف اسم الدراهم الى ما قدر به من المقدار كعشرة ونحوه من اي نوع كان من غير تعيين بنوع معين لانه لا منازعة لاستواءهما
في الرواج ولا اختلاف في المالية وظهر من هذا التقييد كلام الشيخ رحمه الله فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية وقوله
وهو قوله كالثنائي بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي
الى آخره متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان الاثنان منه دانقا وما كان ثلاثة منه دانقا لا يكونان في المالية سواء لكن يمكن ان
يكونا في الرواج سواء هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع والله اعلم بالصواب قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة
المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسياتي في الوكالة وبالحبوب غيرها كالعدس والحمص وامثالها كل ذلك اذا
بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه او بخلافه واذا بيع مجازفة فان كان بخلافه فكذلك وان كان
بجنسه وكان مما يدخل تحت الكيل لا يجوز الا بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم لا يقال لا دلالة في الحديث على المنع
عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان الجهالة مانعة اذ امتنعت التسليم وهذه
الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا
قال ويجوز بانا بعينه اذا باع الطعام او الحبوب باناء بعينه او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز لان الجهالة المانعة ما
يفضي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع متعجل فتبعد هلاك كل منهما من الاناء والحجر قبل التسليم قيل يشكل على هذا
ما اذا باع احد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام ياخذ ايهما شاء ويرد الباقين او اشترى باي ثمن شاء فان الجهالة لم
تفض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسدة للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل
ما هو باطل لا بد وان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين في الاولى ولعدم
الثمن في الثانية وروي عن ابي يوسف انه لا يجوز فيهما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها اما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل
ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز بانا مجهول القدر وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر
قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات
اما ان يكون مجازفة او بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه هو ما يشار اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه ما سمي
من القدر ولم يوجد شيء منهما لان الفرض عدم المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يسم شيء من القدر والاول اصح بعين حيث
الدليل فان المعين من حيث الجملة لم يبق عدم المجازفة وظهر بهذا من جهة الرواية قال ومن باع صبرة طعام اذا قال البايع
بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان او بالكيل في المجلس او لا فان كان الاول فالبيع
جائز والمبيع جملة ما فيها من القفزان وان كان الثاني فالمبيع قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله وجملة القفزان كالاول عندهما
لابي حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي الى المنازعة لان البايع يطلب تسليم الثمن اولا والثمن
غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد الامرين
المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكنه ينقلب جائزا كما اذا
كان فاسدا بحكم اجل مجهول او شرط الخيار اربعة ايام اجيب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب ويقيده بالمجلس
وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لامر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه بظهور اثره في اليوم الرابع وبامتداد
الاجل ولانها اما هذه جهالة ازالتها في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع اما ان ازالتها بايديهما فلانها تترتفع بكيل كل منهما
وقيد بقوله بيديهما احترازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتها اما بيد البايع ان كان هو الراقم او بيد الغير ان كان الراقم
غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالتها واما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبدين على ان
المشتري بالخيار واجيب لابي حنيفة ان القياس فيه الفساد ايضا الا انا جوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معناها
ورد به النص على ما سياتي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان بالنص لا يتعدى الى غيره ولهذا لم يجوزه ابو حنيفة
فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون
البايع لان التفريق وان كان في حقه ايضا لانه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به وهذا اذا صح
اذا اعلمها ولم يبين واما اذا لم يعلم بها فالوجه انه يتنزل منزلة من باع ما لم يره فلا خيار له فيه بحث اما اولا فلان التفريق
الصفقة لو استلزم الخيار لكان ولكن ليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالفا ثم اشترى احدهما الكل بحصته قبل

تعقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فهمنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار واما ثانيا فان قياس
قول ابي حنيفة ان لا يحمل المشتري للزوم انصراف البيع الي الواحد بعينه كما لو اشترى قنا مع مدبر فانه لا خيار له في القن لعلمه
ان البيع منصرف اليه والحاصل ان الخيار موجب التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل واشترى يقبل
البعض وليس كذلك ههنا على قول ابي حنيفة والجواب عن الاول انا لا نسلم تفريق الصفقة لان الشرا يقع على الكل حتى يكون
صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريكه لا غيره لان في وقوعه على نصيبه يلزم شرا ما باع بما باع قبل نقد الثمن
وانه لا يجوز فصار كمن اشترى قنا ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن
وعن الثاني بان انصراف البيع ولعدم تحقيق فيه والعوام لا علم لهم باحكام المسايل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولها
وانما يلزم على قول ابي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فمن اين التفريق والاولى ان يقال قياس قول ابي
حنيفة تفريق الصفقة لان الصفقة موضوعة للكثرة وقصد بها ايضا الكثرة وما ثمه مانع شرعي عن الصرف الى الجميع
ولهذا لو علم المقدار في المجلس والصرف الى الاقل باعتبار تعذر الكل لتصحيح صرف العقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من
المبيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك ~~لتصحيح صرف العقد الى ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصده~~
ان يقال فكان الواجب ان يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه قوله وكذا اذا كيل
في المجلس او سمي جميع قفزانها يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بد لذكر التعليل بل يا قال لانه علم ذلك الان فربما كان في حدسه
او ظنه ان الصبرة تاتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن اخذ الزايد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة
على البايع او نقصت فيحتاج ان يشتري من مكان اخر وهل يوافق اولا فصار كما اذا راه ولم يكن راه وقت البيع وهكذا
في الموزونات والمعدودات المتقاربة واما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند ابي حنيفة في الجميع فاسد
وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت بين الشياه موجود ففي ذلك جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف
المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذارعة حكم الغنم اذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما او احدهما كما اذا
قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع كل ذراع بدرهم
او قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح اما الاولى فظاهر واما الثانية فلان المعقود عليه معلوم
وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه لما سمي لكل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان
معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاواني واما عندهما فهو جايز في الكل لما قلنا قال ومن ابتاع صبرة اذا
اشترى صبرة طعام على انها ماية قفيز بماية درهم فلا يخلوا عند الكيل من ان يكون مثل ذلك او اقل منه او اكثر فان كان الاول
فذاك وان كان الثاني فالزايد للبايع لان البيع وقع على مقدار معين وهو الماية وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول
غيره الا اذا كان وصفا والقدر اي القدر الزايد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبايع لا يجب تسليمه
الا بصفقة على حدة وكذا القبض للمشتري وكان من العاقدين مخيرا فيها ان شاء باشر او تركها واذا كان المشتري مذروعا كمن
اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها ماية ذراع فوجدها اقل خير المشتري بين اخذ الموجود بجميع
الثمن المسمي وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب
لا يقابله شيء من الثمن اما انه وصف فقد بينه بقوله لانه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما ان الوصف لا
يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البايع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا
اي فلكون الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن ياخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله
الثمن فلهذا ياخذه بحصته وقوله الا انه يتخير استثنا من قوله ياخذه بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذرع الذي سماه
كان الزايد للمشتري ولا خيار للبايع لانه وصف بمنزلة ما اذا باع عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير واعلم ان هذه
المسلة من اشكل مسايل الفقه وقد منع من ان يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله لانه عبارة عن الطول
والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شيء طويل وعريض يقال شيء قليل او كثير ثم عشرة اقفزة اكثر من تسعة لا محالة فكيف يجعل الذرع
الزايد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف واختلفت عباراتهم في ذلك فقال
بعضهم ما تعيب بالتبعيض فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه اصل وقال بعضهم ما لوجوده
تاثير في تقوم غيره ولعدمه تاثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو الاصل وما
لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب وعشرة اقفزة اذا انتقص
منها قفيز لا تنقص فيشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها
عشرة اقفزة واما الذرع الواحد من الثوب او الواحد من الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشترى بالثمن الذي كان يشترى معه فان
الثوب العتابي مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا فالخمسة الزايدة على العشرة يزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا واذا عرف هذا
عرفت ان القلة والكثرة من حيث الكيل او الوزن اصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف بين التجار
فانه

وان كان الثاني خير المشتري بين اخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء النفاذ الرضاء

الى تفريق

فان قيل سلمنا ان الذرع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع
المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبدا او اعتقه او مات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بايعه بالنقصان وكان
الاصابع وصف فيه لدخولها تحت حد الوصف المذكور اجيب بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه
اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البايع يد العبد المبيع قبل التسليم او حكما كما اذا امتنع الرد لحق البايع
كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق الشرع بان كان ثوبا فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ شبها بالاصل فاخذ
قسطا من الثمن ولو قال بعتكها يعني الثياب او المذروعات لذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم يكن هذه المسلة
والاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها ماية ذراع بماية درهم كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة اخذها المشتري
بحصتها من الثمن او ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا
معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذ
بجميع الثمن لم يكن المشتري اخذا كل ذراع بدرهم وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على ثاني للشرط كما
عرف في موضعه ونوقض بالمسلة الاولى بان الذراع لو امكن ان يكون اصلا بذكر الثمن كان اصلا في المسلة الاولى ايضا لانه
ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة اذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الاحاد على الاحاد واجيب بان الذرع اصل من
وجه من حيث انه من اجزا العين التي هي المبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة ثم لو
جعلنا عشرة اذرع منقسمة على الافراد عند ترك ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية
عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها والاولى ان يقال اذا
لم يفرد كل ذراع بالذكر كانه لم يجعل كل ذراع مبيعا متمنا ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير اصلا اذا كان مقصودا بالتناول
وان وجدت زايدة اخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم او فسخ اما خيار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة
في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الروية في دفع الضرر فيتخير واما لزوم الزيادة فلما بينا انه صار اصلا مشروطا
ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط وفيه بحث من وجهين اما الاول فلان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب فسد البيع اذا وجد
اكثر او اقل كما لو كان العقد واردا على اثواب عشرة وقد وجدت احد عشر او تسعة على ما ياتي واما الثاني فهو ان الذراع لو
كان اصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر فان الزيادة
لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الاثواب مختلفة فيكون العشرة
المبيعة مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك وعن الثاني بان الذراع الزايد لو لم يدخل
كان بايعا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريا في الجواز والقفيز الزايد ليس كذلك قال ومن اشترى عشرة
اذرع من ماية ذراع من دار او حمام اعني ان يكون المبيع مما ينقسم او مما لا ينقسم فاسد عند ابي حنيفة
وعندهما هو جايز اذا كانت الدار ماية ذراع وشرا عشرة اسهم من ماية سهم جايز بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من ماية
ذراع كعشرة اسهم من ماية سهم في كونها عشر فتخصيص الجواز باحدهما تحكم ولابي حنيفة ان الذراع حقيقة في الالة التي يذرع
بها واراداتها ههنا متعذرة فيصير مجازا عما يحله بطريق ذكر الحال وارادة المحل وما يحله لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسي يقتضي
محلا حسيا والشايع ليس كذلك فما يحله لا يكون شايعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز وذلك اي العشرة الاذرع غير معلوم
ههنا اذا لم يعلم ان العشرة من اي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف السهم فانه امر عقلي لا يقتضي محلا
حسيا فيجوز ان يكون في الشايع فالجهالة لا تفضي الى المنازعة فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع
الدار على قدر نصيبهما وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيبه من اي موضع كان ولا فرق عنده
بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من ماية ذراع وبين ما اذا لم يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه
الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقا الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عنده لجهالة
جملة الذرعان واما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز وجعل هذه المسلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه
معلوما فانه يجوز عنده قال ومن اشترى عدلا على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم فكان تسعة او احد عشر فسد البيع اما اذا
زاد فلجهالة المبيع لان الزايد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة واما
اذا انتقص فلوجوب حصول سقوط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري انه كان جيدا او وسطا او رديا
وحينيذ لا يدري قيمته بيقين حتى يسقط فكانت جهالة توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده واذا بين لكل ثوب ثمنا
بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شا اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شا ترك
لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن مشايخنا من قال ان البيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله
في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد
كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمي لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده في القن خلافا لهما كذا ذكره هذا واستدل على ذلك

ما ذكر محمد في الجامع رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما هروي والاخر مروي فالبيع فاسد في المروي
جميعا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في الهروي ووجه الاستدلال ان القابس في مسألة الجامع الصفة لا اصل الثوب فاذا كان فوات الصفة فوائد م
في احد البدلين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات احدهما من الاصل اولى ان يفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم
قطعا ولا يضر الباقي وفرق بين هذه المسألة ومسألة الجامع بقوله لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد
لان المروي غير مذكور في العقد فيشترط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد هنا لانه ما شرط قبول العقد
في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد
وهروي بفتح الراء ومروي بسكونها منسوب الى هراة ومرو قريتان بخراسان قال ـــ ولو اشترى ثوبا واحدا اذا اشترى
ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فزاد او نقص بنصف ذراع قال ابو حنيفة اذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار وفي
النقصان بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف ان زاد اخذه باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد يأخذ في الاول بعشرة
ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم
فيجري عليه من التجزية وفي بعض النسخ يجري عليه اي على النصف حكم المقابلة ويجبر كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع ولابي
يوسف ان بافراد البدل صار كل ذراع بثوب على حدة والثوب اذا بيع على انه كذا ذراع فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن
ولكن ثبت له الخيار وقد تقدم ولابي حنيفة رضي الله عنه قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من الثمن وانما اخذ
حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما وزال الموجب كونه اصلا فعاد الحكم
الى الاصل وهو الوصف وصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فسلم له مجانا وقيل هذه الاقوال الثلاثة
في الثوب الذي تتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل والاقبية اما في الكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه لا يسلم الزيادة له
لانه وان اتصل بعضه ببعض لكنه في معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه
ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة اذا باع قفيزا منها **فصل** مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احديهما بلغ
ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان
تابعا له في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر في الحال ليس باتصال قرار وما وضع لا لان
يفصله فهو اتصال قرار وعلى هذا دخل بنا الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لانها
لا تتناوله في العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم لان تناولها اياه باعتبار كونه صفة لها وهي اذا
لم تكن داعية الى اليمين لا تقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى اليمين فلم يتقيد به وحنث بالدخول بعد ما انهدم ولان البنا
متصل به اي بالارض على تأويل المكان اتصال قرار فيكون تابعا له واذا باع ارضا دخل فيها من النخل والشجر كبيرتها وصغيرة
مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسم لاتصالها شبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل
فاشبه المتاع الموضوع في الدار ونوقض بالحمل فانه متصل لا للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير
المذكور فان البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الام قال ـــ ومن باع نخلا اذا باع نخلا او شجرا عليه ثمر فثمره للبائع الا ان يقول
المشتري اشتريته مع ثمره لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع وفيه دلالة ان ما وضع للقرار
يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه ارض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه السلام الثمرة للبائع الا بالشرط ولم يذكر النخل
وقولهم ولان الاتصال وان كان خلقة فيه اشارة الى ان الاعتبار للحال والحال الاولى لا فرق فيها بين ان يكون خلقة او موضوعا
ويقال للبائع سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع وقال الشافعي يترك حتى
يبدو صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع وقاسه على ما اذا انقضت مدة الاجارة
وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب انا لا نسلم ان المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد
سلمنا لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يرضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك
وهي اقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري بتفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا قوله هنالك اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره
التسليم واجب في صورة انقضاء مدة الاجارة ايضا ولا يترك الا باجر وتسليم العوض تسليم المعوض لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك
لما سيأتي ولا فرق بينهما اذا كان للثمر قيمة او لم يكن في كونه للبائع في الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري
وجه الصحيح ان بيعه منفردا يصح في اصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار قوله واما اذا
بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وان لم يكن له قيمة واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم
ينبت فانه لا يدخل في البيع لانه مودع فيها كالمتاع وذكر في فتاوى الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في الارض فاما اذا عفن
فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا ولو نبت ولم يصر له قيمة قال ابو القاسم الصفار لا يدخل وقال ابو بكر
الاسكاف يدخل قال الشيخ وكان وجه بعض الشارحين بتشديد النون بناء على الاختلاف في جواز بيعه يعني فمن جوز بيعه
قبل ان يناله المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ومن لم يجوزه جعله تابعا مشافر النيب شفته والجمع مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع
والجمع

والجمع مناجل قال ـــ ولا يدخل الزرع والثمر اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة اربعة الاول بعت الارض
او الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها ومرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها وفيها من حقوقها
او من مرافقها والرابع بعت بكل قليل او كثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها او من مرافقها وفي الثاني والثالث لا يدخل الزرع والثمر لان
الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع لكمال المبا
والزرع والثمر ليس كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا اذا كان في الارض وعلى الشجر واما اذا كان الثمر
مجذوذا او الزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به قال ـــ ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على
الشجر اما ان كان بحيث يكون قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بدا صلاحها لانتفاع بني ادم او علف
الدواب او لم يبد لانه مال متقوم على قول لكونه منتفعا به في الحال او في الزمان الثاني فصار كبيع الجحش والمهر وذكر
شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده ان البيع قبل ان ينتفع به لا يجوز لنهي النبي عليه السلام عن بيع الثمر قبل ان يبدو
صلاحه ولان البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك قال الشيخ والاول اصح يعني رواية ودراية اما الاولى
فلما اشار اليه محمد في باب العشر لو باع الثمار في اول ما يطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن البيع جائزا
في اول ما طلع لما وجب العشر على المشتري واما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه ما يفضي الى نفي جواز بيع المهر
والجحش وهو ثابت بالاتفاق واما الجواب عن الحديث ان تأويله اذا باعه بشرط الترك او ان المراد به النهي عن بيعها سلما بدليل قوله
صلى الله عليه وسلم ارايت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها
او بطريق السلم واذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع قوله وهذا اشارة الى الجواز اي الجواز اذا
اشتراها مطلقا او بشرط القطع لما اذا قال اشتريتها على ان اتركها على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق
البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخل شغل ملك الغير او ان في هذا البيع صفقة في صفقة
لانه اعارة في بيع او اجارة فيه لان تركها على النخل اما ان يكون بلا او بغيره والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهي عنه وفيه
تأمل لان ذلك انما يكون صفقة ان لو جازت اعارة الاشجار او اجارتها وليس كذلك ثم هو يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط
الترك فان اعارتها واجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة لم تتناه في عظمها اما اذا تناهت عظمها فكذلك
عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو القياس لانه شرط الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا
يفسد البيع بتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيها الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الارض
او الشجر والجواب انا لا نسلم ان التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى
الثمرة التي لم تتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما ازداد
في ذاته بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما ازداد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة
الارض المغصوبة واذا تركها بغير اذنه بعد ما تناهت لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حال من النيء الى النضج لا تحقق زيادة في الجسم
فان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لا تزداد فيها من ملك البائع شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب تعطيها الطعم وان
اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستئجار النخل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطلان اجارة النخيل
لعدم التعارف لان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الاشجار ولعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة
انما تتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها على ما سنذكر واذا بطلت الاجارة بقي
الاذن معتبرا فيطيب له الفضل فان قيل لا نسلم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن
كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن يبطل ببطلان الرهن اجيب بان الباطل معدوم لانه هو الذي لا تحقق له اصلا ولا وصفا
شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف
ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة
وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد والفاسد ما له تحقق من حيث الاصل فامكن ان
يكون متضمنا لشيء ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله التصدق
ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخل وتركها واثمرت مدة الترك ثمرة اخرى فان كان قبل القبض يعني
قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع لانه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع
لان التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في مقدار الزائد قول المشتري
يزعم م لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازه وحكي انه مروي عن اصحابنا
وحكي عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله انه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود اصلا وما
يحدث بعد ذلك تبعا وبهذا اشترط ان يكون الخارج اكثر ولذا في الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لا يجوز اذا احدث
شيء قبل القبض واذا احدث بعده يشتركان والمخلص اي الحيلة في جوازه فيما اذا احدث قبل القبض ان يشتري الاصول

بلغ

لتحصل الزياده على ملكه وبهذا اخذ قال شمس الايمه السرخسي انا نجوز جعل الموجود اصلا والحادث تبعا اذا كان فيه ضروره ولا ضروره
هنا لانه قادر على البيع الاصول قال ولا يجوز ان يبيع ثمره اذا باع ثمره ويستثني منها ارطالا معلومه بخلاف مالك ولم يبين ان
مراده الثمر على روس النخل او ثمر مجذوذ وذكر في بعض فوايد هذا الكتاب ان مراده ما كان على النخيل واما بيع المجذوذ في يجوز
وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع الثمر على روس النخيل الا صاعا منها يجوز البيع لان المستثنى معلوم كما اذا
كان الثمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما سوا واستدل بقوله لان الباقي
بعد الاستثنا مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل ايضا على ان الحكم فيهما سوا بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي
معلوم بالمشاهده كما في نخله قال المصنف قالوا هذه روايه الحسن وهو قول الطحاوي واعترض بان الجهاله المانعه من الجواز ما كان مفضيا
الى النزاع وهذه ليست كذلك لان اصلها بذلك فلا تكون مانعه واجيب بانا لا نم انها ليست كذلك لجواز ان كان البايع يطلب صاعا من الثمر احسن ما يكون
والمشتري يدفع اليه ما هو اردى الثمر فيفضي الى النزاع سلمنا ذلك لكن قد لا يكون الثمر الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفايده فلا يصح
كما لا يصح مثله في المضاربه لهذا المعنى وعن هذا قال بعض الشارحين يشير الى هذا قوله ارطالا معلومه وقيد بانه لو كان المستثنى صاعا واحدا
او رطلا واحدا فالحكم كذلك ولانه لا يخلو اما ان يبقى شي بعد الاستثنا او لا وكل من التقديرين ينقض صحه العقد اما الاول فلان الباقي بعد
الاستثنا معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا ان الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنه وليس الفرض ذلك لجواز ان
يكون البيع في الباقي مجازفه وهو معلوم مشاهده واما الثاني فلانه يكون حينيذ استثنا الكل من الكل فيبطل الاستثنا ويجوز البيع واجيب بان هذا
باعتبار المال واما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثنا شي ام لا فصار مجهولا وفيه نظر لانه ليس مفضيا الى النزاع وهو اول المسأله ثم قال
المصنف اما على ظاهر الروايه ينبغي ان يجوز يريد به على قياس ظاهر الروايه فان حكم هذه المسأله لم يذكر في ظاهر الروايه صريحا والدال
قال ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناوه من العقد وبيع قفيز من صبره جايز فكذا استثناوه — فكذا لا يجوز نخ
وفي بيع اطراف الحيوان وحمله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناوه وهذا لان الاستثنا يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا
معلوما وايراد العقد يقتضي كون المعقود عليه مقصودا معلوما فتشاركا في القصد والعلم فجاز ان يقع معقودا عليه بانفراده جاز
ان يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبره الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبره الا في قفيز لانه استثنى ما
يجوز ايراد العقد عليه واما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاه منها بغير عينها بمايه درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز ايراد العقد عليه
ولو قال الا هذه الشاه بعينها جاز لانه يجوز ايراد العقد عليه فيجوز استثناوه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوته كالثياب
والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب فان استثنا قدر منه وايراد العقد عليه جايز لان الجهاله لا تفضي الى المنازعه
قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاه بعينها بمايه درهم فانه جايز وبين قوله بعتك هذا القطيع كله من الغنم
بمايه الا هذه الشاه الواحده بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاه المعينه من القطيع مطلقا واجيب بان في الاستثنا المستثنى
لم يدخل في المستثنى منه لانه بيان انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن افراده اخراج حصتها من الثمن فلا جهاله فيه واما في الثاني فان الشاه
دخلت اولا في الجمله ثم وجبت حصتها من الثمن وهي مجهوله فيفسد البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشره فانه صحيح في
تسعه اعشاره ولو قال على ان لي عشره لا يصح قيل وللقايل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال المعلومه واستثناوها
جايز لكن لا نم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب ان لا نم ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما كان الباقي معلوما لم تسر
جهاله المستثنى منه بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفه وهي لا تحتاج الى معرفه مقدار المبيع قال
ويجوز بيع السنبله الحنطه في سنبلها بيع الشي في غلافه لا يجوز الا الحبوب كالحنطه والباقلي والارز والسمسم وقال الشافعي
لا يجوز بيع الباقلي الاخضر والجوز واللوز والفستق في قشره الاول وكذا بيع الحنطه في قوله الجديد واستدل بان المعقود عليه
مستور بما لا منفعه له والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغه بجنسه ولنا ما روي ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه نهى عن بيع النخل حتى تزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهه وحكم ما بعد الغايه خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال
بمفهوم الغايه والاولى ان يستدل بقوله نهى فان النهي يقتضي المشروعيه كما عرف وقوله ولانه حب منتفع به كالشعير جوابا عن قوله مستور
بما لا منفعه له وتقريره لا نم انه لا منفعه فيه بل هو اي المبيع باعتبار حب منتفع به ومن اكل الفولين يشهد بذلك وان الحبوب المذكوره
تدخر في قشرها قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو انتفاع لا محاله فجاز البيع كبيع الشعير بجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب
الصاغه انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربوا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مسالتنا لو بيع بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لجهاله
قدر ما في السنبله فان قيل ما الفرق بين مسالتنا وبين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه وهو باطل في كون المبيع
معلقا اجيب بان الغالب في السنبله الحنطه يقال وهذه حنطه وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا
قطن وفي التمر البدر قال ابو يوسف قال ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها والاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع
دارا دخل في البيع اغلاقها بنا على ما تقدم ان ما كان موضوعا للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبه فيها للبقا والمفتاح — كذلك مه
يدخل في بيع الغلق بلا تسميه لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشي داخل في ذلك الشي فان قيل عدم الانتفاع
بدون شي لا يستلزم دخوله في بيعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق ولا يدخل في بيع الدار فالجواب ان الداخل في الداخل في الشي

داخل

٤

داخل لا محاله وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن الا بالطريق مطلقا او من حيث السكنى والاول ممنوع
فانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعه بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محاله والثاني مسلم ولهذا ادخل الطريق
في الاجاره لكن ليس الكلام في ذلك والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبنا من خشب كان او حجر يدخل وان لم يتصل
لا يدخل قال واجره الكيال وناقد الثمن اذا باع المكيل مكايله او الموزون موازنه او المعدود عدا واحتاج الى اجره
الكيال والوزان والعداد فهي على البايع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو — الا اجره
واجب واما ناقد الثمن ففي روايه ابن رستم عن محمد هي على البايع وهو المذكور في المختصر وفي روايه ابن سماعه عنه على المشتري وجه
الاولى ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبايع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به
حقه من غيره او يعرف المعيب ليرده ووجه الثانيه ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجوده تعرف بالنقد كما يعرف القدر
بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد واجره وزن الثمن على المشتري لانه المحتاج الى وزن الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال — تسليمه
ومن باع سلعه بثمن بيع السلعه محلا اما ان يكون بثمن او سلعه فان كان الاول قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري
تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن ليتعين حق البايع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواه في تعين حق كل واحد منهما
وفي الثانيه ايضا لان الدين انقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غايبا عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر
المبيع ليتمكن من قبضه وان كان الثاني قيل لهما سلما معا لاستوايهما في التعين فلا يحتاج الى تقديم احدهما بالدفع

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جايز البيع تاره يكون لازما واخرى غير لازم واللازم ما لا
خيار فيه بعد وجود شرايطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه مبيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط
على ساير الخيارات لانه يمنع ابتدا الحكم ثم خيار الرويه لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه لا يمنع لزوم الحكم وانما كان عمله
في منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاءت به السنه لم يكن بد من العمل به فاظهرنا عمله في منع الحكم
تقليلا للعمل بقدر الامكان لان دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت
على اني بالخيار او على اني بالخيار اياما او على اني بالخيار ابدا وجايز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلثه ايام فما دونها ومختلف فيه
وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابي حنيفه وزفر والشافعي جايز عند ابي يوسف ومحمد سوا كان لاحد
العاقدين او لهما جميعا او شرط احدهما الخيار لغيره وجه قول ابي حنيفه رحمه الله في الخلافيه ما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن
في البياعات لمامومه اصابت راسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابه ولي الخيار ثلثه ايام والخلابه
الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه
بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المده المذكوره فيه فان قيل كيف جاز للبايع والمذكور في النص للمشتري فكان عديم
فمن له الخيار فلينتقد في مدته فالجواب ان في النص اشاره الى ذلك وهو لفظ المفاعله ولان البايع في معنى المشتري في المعنى المنظ
فيلحق به دلاله وكثير المده ليس كقليلها لان معنى الغرر يتحكم بزياده المده فيزداد الغرور وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه
وسلم اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجه الى التامل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجه الى الاكثر فكان كثير المده
كقليلها فيلحق به وصار كالتاجيل في الثمن فانه جايز قلت المده او كثرت للحاجه والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكايه حال ابن عمر
سلمنا انهما سوا لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرويه والعيب وانه اجاز الرد بهما بعد الشهرين
ولا نم ان كثير المده كالقليل في الحاجه فان صاحب الحاجه كان مضطرا الى الاسقاط فكان احوج الى الزياده فلو جازت كان اولى بها فدل ان المقدر
لنفي الزياده سلمناه لكن في الكثير معنى الغرر ازيد وقد تقدم والقياس على التاجيل في الثمن غير صحيح لان الاصل اشتراط القدره على
الادا وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مده فقد يحتاج الى مده طويله قوله الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثنا من قوله
ولا يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها واجاز من له الخيار في الثلث جاز ويجوز ان يكون استثنا من قوله فيقتصر على
المده المذكوره بالتوجيه المذكور وهو اولى قوله خلافا لزفر فانه يقول انعقد العقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جايزا
لان البقا على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين او اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزايد وابطل
الخمر وكمن تزوج امراه وتحته اربع نسوه ثم طلق الرابعه لا يحكم بصحه نكاح الخامسه ولابي حنيفه انه اسقط المفسد اعلم ان مشايخنا رحمهم
الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتدا على قول ابي حنيفه فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط
قبل اليوم الرابع وذهب اهل خراسان واليه مال شمس الايمه السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جز من اليوم الرابع فسد فقوله انه اسقط المفسد
المفسد قبل تقرره اي قبل مضي ثلثه ايام مبني على تعليل على الروايه الاولى وقوله تقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر
دوامهما على الشرط فاذا اسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جايزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا لعينه
بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جايزا اعتبارا بما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البايع على الثوب بعلامه
كالكتابه يعلم بها الدلال او غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك ثم قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبله المشتري من غير ان يعلم
المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جايزا بالاتفاق وقوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع

تعليل على الرواية التي تليه وتقديره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسايل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن تداركه ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما او قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ايام فلا بيع وهذا فاسد ان او قال على انه ان لم ينقد الثمن ثلثة ايام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلثة والقياس وهو قول زفر انه لا يجوز لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط الصحيح الاقالة في البيع مثل ان يقول بعتك هذا بشرط ان يقيل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراطها فاسدها اولى ان يفسد ووجه الاستحسان جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان ملحقا به وزفر لا يلزم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وههنا لو سكتا حتى مضت المدة بطل واجيب بان النظر في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار للنفسه ثلثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه اجيب بان منزلة الخيار لا يقدر على الفسخ في قول ابي حنيفة ومحمد الا بحضرة الاخر فيما عسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلثة ايام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه ابو حنيفة وابو يوسف وجوزه محمد اما ابو حنيفة فقد مر على اصله في الملحق به وهو منع الزيادة على الثلاث وكذلك محمد مر على اصله في تجويز الزيادة في الملحق به وابو يوسف احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال المصنف وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وتقريره على وجهين احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار في قوله بهذا قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام والمراد بالاثر ما روي عن ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار بالاثر ابن عمر وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف في الاصل اي في ثلثة ايام باثر ابن عمر وهو ما روي ان عبد الله بن عمر باع ناقة من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا اي في الزائد على ثلثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز كما مر قوله وفي هذه المسئلة قياس اخر تقدم معناه قال

وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه قد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج من ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري فالمبيع يخرج من ملك البائع والثمن لا يخرج من ملكه بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شي من المبيع والثمن من ملك البائع والمشتري بالاتفاق فاذا اخرج المبيع من ملك البائع او الثمن من ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري او البائع فيه خلاف قال ابو حنيفة لا يدخل وقالا يدخل اما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الاولى فما ذكره من قوله لان تمام هذا السبب اي العلة بالمراضاة لكون الرضا داخلا في حقيقة التجارة الشرعية ولا يتم المراضاة بالخيار لان البيع يصير علة اسما ومعنى لا حكما ويمنع ابتدا الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فان قبضه المشتري في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن ابي ليلى هو يقول قبض ملك البائع باذنه فكان امانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك وقبض المنفسخ مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتدا العقد عليه فيها فلا يلحقها الاجازة وهو معنى قوله لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك واما ان المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وكل مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشرا وتحقيقه ان الضمان الاصلي الثابت بالعقد في العين هو القيمة وانما يتحول الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حيث شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي في مدة الخيار واما اذا هلك بعد ما قبله فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذاك وتمام الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شي على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار فيل وانما ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح واما دليل عدم خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الاخر واما ان البدل اذا اخرج من ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لما لم يخرج ماله من ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ونوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد واجيب بان قولنا حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه وقد نقض بما لانه ما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الاخر يكون زايلا لا الى مالك ولا نظير له في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري واجيب بان كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول ابي حنيفة بان شرعية الخيار نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض قوله فان هلك في يده اي هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم انفا ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت يده واما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلثة له ان يفسخ بعد الارتفاع واما اذا امضت والعيب قايم لزم العقد لتعذر الرد وتبين في ما ذكرنا ان هلاك المبيع

المبيع تعيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التفريق ببيان الفرق ووجهه ان البيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد في المقبوض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى واما اذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لان الخيار للبائع لانه فيهلك والبيع موقوف فيلزم القيمة قال ومن اشترى امراته هذه مسايل تترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امراته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها وان وطيها له ان يردها لان الوطي لم يكن بملك اليمين حتى سقط الخيار الا اذا كانت بكرا فليس له ان يردها لان الوطي ينقصها وهذا اشير الى ان قوله وان وطيها له ان يردها معناه اذا لم ينقصها الوطي فاما اذا انقصها فلا يردها وان كانت ثيبا اليه اشير في شرح الطحاوي وعندهما يفسد النكاح وان وطيها لم يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطيها بملك اليمين ولهذه المسايل نظاير في كونها مترتبة على الاصل المتقدم منها عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما ومنها ما اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشتراه بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشي للعتق بعد الشرا لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ولو نوى العتق بعد شرايه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمنشي وجب ان ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بجهتها ونوى الكفارة اجيب بانه جعل كالمنشي تصحيحا لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لانه كالمدبر في الاستحقاق وفيه يعمل الاستيلاد للعتق لا عن الكفارة لذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة او بعضها فاختارها لا تجتزى بتلك الحيضة من الاستبرا عنده خلافا لهما ولو ردها على البائع لا يجب عليه الاستبرا عنده سوا كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبرا استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبرا على البائع قياسا واستحسانا واجمعوا ان البيع البات يفسخ باقالة او غيرها ان الاستبرا واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده قال صاحب النهاية لا بد من احد تاويلين اما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري او يكون اشترى الامة التي كانت منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشرا ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير ام ولد له في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير ام ولد له لا ظرف الولادة وتقدير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد له في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال وانما احتيج الى احد التاويلين لانا لو اجرينا على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار او بعدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذ الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما هلك المشتري لصحة الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي على خياره لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك وللماذون له ولاية ذلك وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض والماذون ليس من اهله فان قلت اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فما وجه ابرا البائع عن الثمن قبل ان يملكه اجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابرا وجوازه استحسانا لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عنده وعندهما يبطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب واضح واذا كان الخيار للبائع واسلم يبطل البيع بالاجماع ولو اسلم البائع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي لان اشتراط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلثة اشيا بان يقول اجزت وبموته في مدة الخيار لانه لا يورث كما سنذكر وبمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فكذلك وبان يتعيب المبيع في يد المشتري في حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم واما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما والثاني وهو ما يكون بالفعل كان يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد ينفسخ سوا كان ذلك بحضور الاخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشي قد يثبت حكما وان كان يبطل قصدا واما الاول فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البائع او المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة الاخر اي بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان لا بعلمه فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي لانه مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس ثبت لاحد شرطي العقد على الاخر وفسخ ذلك بعدم اشتراط الرضا وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غايبا لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد

وإذا كان الخيار للمشتري واسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه بات فان اختاره المشتري ...

كما اذا اعتق المبيع او باعه او كانت ... فوطئها او قبلها ... تصرف المشتري بغير ...

بالرفع وهو لا يعرى عن المضرة اما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع الى فيتصرف فيه فيلزمه غرام القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة اكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا واما اذا كان للمشتري فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريا وقد تكون المدة ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشرط الآخر فاسد لعدم الفارق وهو الالزام ولا نسلم انه تسليط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ بمعنى لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه في البياعات لانه لا الزام فيها وعورض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى واجيب بانه ضرر مرضي به منه من حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الحل عن الزوجة ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المراة وان لم يعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى يكون الرجعة الزام امر جديد سلمناه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوائد النعم فاستدامته بالرجعة لا يكون ضررا ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالتزامه او لانه لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو راى ضررا لما اقدم عليه او لانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل باختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار او هو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع على العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المراة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة او كونه بايجاب الشرع بتضامنه دون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد والاجازة وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزمه الا بعلمه قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه تنبيه الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كناية الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد قال واذا مات من له الخيار بطل خياره اذا مات من له الخيار سواء كان البائع او المشتري او غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع بان اشترى احد الثوبين على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء ولنا ان الخيار لا يحتمل الانتقال لانه ليس الا مشيئة وارادة وهما عرضان والعرض لا يحتمل الانتقال والارث فيما يحتمل الانتقال لانه خلافة عن المورث ينتقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قال عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته ~~والخيار حق فيكون لورثته~~ لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك فيل الى المالكية صفة ينتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك واجيب بان المنتقل هو العين وتعل المالكية ضمني فيل فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا واجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالكه وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه والصواب ان يقال الغرض الاصلي من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار لذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس لذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك اجيب بانه ثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهو في ذلك سيان الا ان المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث ما ثبت للمورث اعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لانا كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد او في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع قوله بخلاف خيار العيب جواب عما قاس عليه وتقريره لا نسلم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال المستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملكه ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب هو الشرط لا يوجد في حق الوارث ولذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار يسقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين كمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين ~~كمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين~~ وهذا الخيار غير ذلك الخيار الا ترى ان المورث كان له ان يفسخ فكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقدير كلامه ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فايهما اجاز جاز يعني من

المشتري

المشتري وذكر الغير على المحذوف واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه واحياء حقوقه واجبا بمقتضى الشرط المسوغ شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري او اشتراط تسليمه على غيره او اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازه لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او بالعقد فصار كالاحتياج الى نفي الخيار وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كانه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف تصحيحا له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضى ادنى منزلة من المقتضي الا يرى ان من قال لعبد له حنث في يمينه هو عن يمينك لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء لان التحرير اقوى من تصرف التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا لفرعه ولا خفاء ان العاقد اعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد او لا ثم على الغير كفالة عنه كذلك واجيب عن الاول بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعية فرعه واما التحرير فانه الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لنوعه وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضي لتصحيح المقتضي ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضي وعائدا على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين فالجواب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا لفرعه وهو المحال عليه واذا ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز او ايهما نقض انتقض ولو اختلف فعلهما في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم مايزاحمه ولو خرج الكلامان معا اختلف الروايات ففي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد فسخا كان او اجازة وفي رواية ماذون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ كان من العاقد او غيره وجه قول الاول ان تصرف العاقد اقوى والاقوى يقدم على غيره وفقه ذلك ان تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب واما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلا بطلاق امراته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احدهما لا بعينه واجيب بان الترجيح محتاج اليه عندنا في الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه ووجه القول الثاني ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجاز والمبيع هلك عند البائع والمفسوخ لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا يلحقه الاجازة ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك وهو نقض بما اذا لا في من له الخيار غيره فتناقضا البيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ما لحق للفسخ وهو اجازة للمفسوخ واجيب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ الاجازة وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف قيل والثاني اصح ولعل قوله ولان تملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما اصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث المتصرف فرجحنا من حيث حال التصرف لا بحال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العاقد عارضة في ذلك قوله واستخرج ذلك يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع الوكيل من احد والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر تصرف الموكل وابو يوسف يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه استخراج ان تصرف الفاسخ اقوى عند ابي يوسف من هذه المسالة انه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر اثر ذلك في مسالة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك لمالكيته والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لانه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح له لانا لا نسلم رجحان تصرف المالك لمالكيته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا بد له عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح من وجه ذلك ان يقال الموكل من الوكيل هناك كالعاقد من الاجنبي بمنزلة العاقد ههنا في ان كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فترجيح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من ابي يوسف واعتباره مما يدل على انه لا ينظر الى احوال المتصرفين لنفسه ويناقضه فيبقى النظر الى حال التصرف نفسه والفسخ اقوى لما ذكرنا قال ومن باع عبدين بالف على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع هذه المسالة على اربعة اوجه لانه اما ان يفصل الثمن ويعين من فيه الخيار او لا يفصل [illegible] او فصلا جميعا او فصل التفصيل دون التعيين او العكس من ذلك فما كان من الاول بان باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالته احدهما مفسد فجهالتهما اولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد احدهما وهو غير معلوم ومما هو كذلك فثمنه مثله وان كان الثاني وهو ان يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد كقبول الحر في عقد العبد اذا جمع بينهما

في البيع اجاب المصنف بان ذلك غير مفسد للعقد لكونه ممن فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم
فصار كما اذا جمع بين قن ومدبر في البيع لان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد في الاخر بخلاف ما اذا
جمع بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا في العقد ولا في الحكم ولقايل ان يقول ان الحجة لو شرط لا يقتضيه
العقد فكان مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا او انه مظنة فصل تامل فيه
تحفظ وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد منهما بخمسماية على اني بالخيار في احدهما فالبيع فاسد ايضا
لجهالة المبيع فان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الاول لفسد في القن اذا جمع بينه وبين
المدبر او ام الولد ولم يفصل الثمن اجيب بان عدم التفصيل مفسد اذا ادى الى البيع بالحصة ابتدا فيما اذا امتنع انعقاد
العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد في حق الاخر انعقد
بالحصة ابتدا وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم وكذا الوقف القاضي بجوازه نفذ
فكان قسمة الثمن في البقا صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وام الولد لا ابتدا بالحصة قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذه
ايهما شا وهو قال اشتريت احدهذين الثوبين على اني ان اخذ ايهما شيت بعشرة دراهم الى ثلثة ايام فالبيع جايز استحسانا
وكذا الاثواب الثلثه واما اذا كانت الاثواب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الاثنين والثلثة فساده في
الاربعة لان المبيع احد الاثواب غير عين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها في انفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع
وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط في الحاجة وبيان ذلك ان شرع
خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق له او الاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع محققة لانه ربما يحتاج الى
اختيار من يثق به لخبرته او اختيار من يشتريه لاجله كام ابنه وبنته والبايع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع فكان باعتبار الحاجة
في معنى ما ورد به الشرع ولا نم ان الجهالة تفضي الى المنازعة لانه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع
فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة فما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه
سوا كانت الاثواب ثلثة او اكثر واما الحاجة فانها تتحقق في الثلثة لوجود الجيد والوسط والردي فيه والزايد يقع
مكررا غير محتاج اليه فانتفى عنه جز العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته واعلم ان محمدا ذكر هذه المسلة في الجامع الصغير
وفي الماذون وقال وهو بالخيار ثلاثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال الكرخي
لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلثة ايام فما دونها عند ابي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار
شمس الايمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لا اشتراطا وهو اختيار فخر الاسلام
وجه الاول ان جوازه بطريق الالحاق بمواضع السنة فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط
في الالحاق وجه الاخر ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد فيه
خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلثة واما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه وهذا لان
الحال لا يخلو اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين اولا وان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عند ابي حنيفة وبمدة معلومة
اية مدة كانت عندهما كما في الملحق به فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين في الزايد على الثلثة عند ابي يوسف لانه اخذ بالقياس في قوله
ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما اجيب بان قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد
فيه واردا فيه بخلاف التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيار الا في حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه ولو هلك احد
او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الاخر للامانة حتى اذا هلك الاخر بعد هلاك الاول او تعيب لا يلزم عليه من قيمته شي وهذا لان المعيب
ممتنع الرد لاورده اما يكون اذا لم يتعين مبيعا وهو يدعواه ذلك متهم فكان التعيب اختيارا دلالة فان قيل قبض الاخر لا يكون اقل
من المقبوض على سوم الشرا وهناك تجب القيمة عند الهلاك اجيب بانه اعلا من ذلك لان المقبوض على سوم الشرا مقبوض على جهة
البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الاخر ليشتريه وقد قبضه باذن المالك فكان امانة فان قيل كيف انعكس حكم المسلة فيما اذا طلق الرجل
احدى امراتيه او اعتق احدى عبديه فماتت احدايهما فان الباقية تتعين للطلاق دون الهالكة وكذلك في العتاق اجيب
بان المراة اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق فتتعين الباقية لذلك وفي الثوب اذا اشرف عليه خرج عن محلية الرد
لتعينه فيتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لعدم اولوية احدهما لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة فيهما
واما اذا ذكر خيار الشرط فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين ولا يتوقف على الايام فله ان يردهما بخيار الشرط في الايام الثلثة لانه
امين في احدهما فرده بحكم الامانة وفي الاخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يمكن رد
وبقي له خيار التعيين في رد احدهما وان اختار احدهما لزمه ثمنه لانه عين البيع فيه ولزمه وكان في الاخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم
يضمن ولو مات المشتري في الايام الثلثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فلهم ان يرد احدهما اما بطلان خيار الشرط فلما
تقدم من انه لا يورث واما بقا خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل هل للعوم فوايد له الخيار فايده قلت كانه اشاره الى
ان خيار التعيين قد يكون للبايع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار محمد في الماذون لان هذا بيع يجوز مع
خيار

خيار للمشتري فيجوز مع خيار البايع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد انه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشتري انما جاز بخلاف القياس
باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بعضهم من نفع التامل وهذا المعنى لا يتاتى في جانب البايع لانه لا حاجة له الى اختيار الارفق اذ المبيع
كان معه قبل البيع فيرد جانب البايع الى مقتضى القياس ولم يذكر محمد لا في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير وبين ما ذكرنا ان المبيع احد
الثوبين والاخر امانة والتركيبة الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى احد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف
ففي بعضها اشترى احد الثوبين ولا يحتاج الى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز واثبتها فخر الاسلام وقال في وجه المجاز ان كل واحد
منهما لما احتمل ان يكون مبيعا قال اشترى ثوبين وقال غيره هو من قبيل اطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللولو والمرجان
اضاف الخروج اليهما وان كان من احدهما قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار رجل اشترى دارا بخيار الشرط فبيعت دار
اخرى بجنبها في مدة الخيار فاخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضا يسقط به الخيار لان اخذه بطلب الشفعة وطلب الشفعة دليل على اختيار
الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك فتقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار
ويثبت الملك من وقت الشرا فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو يوجب الشفعة وهذا التقدير يحتاج اليه لمذهب ابي
حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة واما عندهما فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز
له ان ياخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها قال شمس الايمة
اما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة واما عند ابي حنيفة فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه
لاستحقاق الشفعة كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة دارهما بخلاف
ما اذا كان الخيار للبايع لان المشتري لم يصر احق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها اخرى فاخذ بالشفعة لم يسقط خيار
الروية لانه لا يسقط بصريح الاسقاط بدون الروية فكذا بدلالته وسياتي قال واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما
بالخيار ثلثة ايام فرضي احدهما دون الاخر فليس للاخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وكذا اذا اشتراه ورضي احدهما
بعيب فيه وكذا لو اشترياه ولم يرياه ثم راياه لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط
باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر لانا لا نم ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما الا يرى ان من وكل وكيلين اثبت الوكالة لهما
وليس لاحدهما ان يتصرف دون الاخر وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البايع قبل البيع
كان متمكنا من الانتفاع متى شا وبعده اذا رد البعض لا يتمكن الا مهاياة والخيار يثبت نظرا لمن هو له على وجه لا يلحق الضرر بغيره وانما قيد
الضرر بالزايد لان في امتناع الرد ضررا للراد ايضا لكن لما لم يكن من الغير بل بعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل
من الغير افظع والجرح الحاصل من نفسه فان قيل بيعهما رضي منه بعيب التبعيض اجيب بانه ان سلم فهو رضي به في ملكهما
لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البايع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري
برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البايع ليس له ان يرده بحكم خياره ولكن هذا العيب بعرض الزوال لمساعدة
الاخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار لهما ليس غير
الرضي برد احدهما وهو ظاهر والرضا برد احدهما لازم من سلم لوازم اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد
فلم يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب رجل اشترى عبدا على انه خباز
او كاتب وكان بخلافه بان لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا او كاتبا فهو بالخيار بين اخذه بجميع الثمن وبين رده اذا
لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البايع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية بتقويم العبد كاتبا
او خبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا الاعلى يعني في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد
وتقويم غير كاتب وخباز فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك المقدار وفي ان هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو مطلوب
احترازا عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد
بالشرط لانه لو رجع الى الوصف الملحق او الثمن كان ملايما للعقد لان ترى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون
مفسدا له وتوقفنا بما اذا باع شاة على انها حامل او على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه وا
بان ذلك ليس بوصف بل هو اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب او لبون لا
يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البايع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان
له ان يامره بالخبز والكتابة فيظهر حاله واما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا يعلم حياته وموته ولا سبيل الى معرفته
واذا ثبت ذلك فقوله يوجب التخيير لان المشتري ما رضي بالمبيع بدون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف اي
الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هاهنا راجع الى اختلاف النوع لعلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك
الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نعجة فاذا هي حمل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل ما لا يحصل ان كان مما يوجب التفاوت
الفاحش في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية ويفسد به العقد وان كان مما لا يوجبه كان قدر راجعا
الى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة واما اخذه بجميع الثمن فلان الاوصاف

باب خيار الرؤية

لا تقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم
قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه اقوى منه اذ كان تاثيره في منع تمام البيع وتاثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال
العقد ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز معناه ان يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي
في كمي هذه وصفتها كذا او لم يذكر الصفة او يقول بعت منك هذه الجارية المتنقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي
لا يجوز وكذلك العين الغائب المشار الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غيره يسمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال
صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول
والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه وهو نص في الباب فلا يترك بالاعتبار
فانه قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك والمراد ليس بمرئي للمشتري بالاجماع على ان
المشتري اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث
فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجدها
فاشتريها فاسلمها اليه فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وقد اجمعنا على انه لو باع عينا مرئيا لا يملكه ثم ملكه فسلم لم يجز وذلك
دليل واضح على ان المراد به ما ليس في ملكه والمعقول وهو ان الجهالة لعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه
اذا لم يوافقه رده ولا نزاع ثمة مقتضى خياره وان افضت اليها لو قلنا بانبرام العقد ولم نقل به وصار ذلك كجهالة الوصف
في المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان فيه
جهالة لكونها لا تفضي الى النزاع وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول
المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا انتفى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا
تراخى فسد واجيب بان المعارضة فاسدة لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه
ليس كذلك قوله وكذا اذا قال نعقد بيع على مسئلة القدوري يعني كما ان له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم
رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو
لزم العقد بالرضى قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عنده وهو ثابت بالنص عنده فما ادى الى ابطاله كان باطلا وقوله وحق الفسخ جواب سؤال
تقديره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالمعلول فكان معلقا بها
فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يتم [illegible] فيه الاثر لان كل واحد
من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة له فسخ العقد باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار الشرط ولا الشرع عند خلافه
الرضى فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى ابطاله كما مر انفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد
باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا الملزوم لان ما هو شرط للازم فهو شرط للملزوم
وقوله ولان الرضا بالشيء جواب اخر وتحقيقه ان الامضاء الرضا والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان الرضا استحسان
الشيء واستحسان ما لم يعلم ما حسنه غير متصور واما الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لان عدم
الرضا لاستقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لكن عدم الرضا قد يكون باعتبار ما يخفى له من انتفاء احتياجه
الى المبيع او ضياع ثمنه او استغلائه فلا يلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن
المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف قال ومن
باع ما لم يره مثل ان ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا له الخيار اعتبارا
بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء تجوز وان شاء رد كالمشتري اذا
وجد المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يعم من الجانبين
كما تقدم وهذا اي الخيار للبائع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا اي من جهة البائع وثبوتا اي من جهة المشتري
وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فان بالرؤية تحصل الاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة فلم يكن
البائع راضيا بالزوال فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه كما تقدم
فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة اجيب بانه ليس مثله فيه لان الرد من جانب المشتري
باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشترى فيرده لعدم الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد لرد باعتبار ان المبيع ازيد مما ظن
فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق به قيل المعلق بالشرط
يوجد قبل وجود الشرط بسبب اخر وههنا وجد القياس على المشتري والخيار من حكم التجارة من البائع واجيب بانه ثابت
بالنص على خلاف القياس فلا يجوز فيه القياس سلمنا لكن القياس على محل النص في مقابلة الاجماع باطل وحكم جبير بن مطعم بين عثمان وطلحة كان
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ولم ينكره احد فكان اجماعا على ما ذكرنا في المتن فبطل الالحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع ابو حنيفة
حين بلغه الحديث قال ثم خيار الرؤية غير موقت قيل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره
عليه

عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار يتعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه
ثبت حكما لانعدام الرضى فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية
ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يحتاج اليه مرة ويحل في غير الملك بحال
لا يكون ذلك دليل الاختيار وهو لا يبطل فائدة الخيار لانه امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع بفعل ما يمتحن
به اول مرة فات فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به او يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال او يمتحن به ويحل في
غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار وعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره
لانه مما يمتحن به ويحل في غير الملك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليه
لحصول الامتحان بالاولى وان وطيها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطء فهو لا يحل بغير ملك لا يحل الوطء
في غير الملك فكان اختيارا له قيل يشكل على هذا الكلي احدهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فاخذها
بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية ويبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع يبطل خيار الشرط
ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في فتاوى قاضي خان واجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح
الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا
فلذلك لا يعملان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط
من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل هو مقيد بان يكون تعيبا او تصرفا يفضي في المبيع والاخذ
بالشفعة والعرض على البيع ليس منها فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين ضرب يبطله قبل الرؤية
وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها فالاول هو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او الذي يوجب حقا
للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك
التصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة ولذلك تعلق حق
الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد
وفيه بحث من وجهين احدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية يخالف حكم النص الذي رويناه والثاني ان هذه التصرفات
اما ان يكون صريح الرضا او دلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف ابطلته واجيب عن الاول بان ذلك [illegible]
العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن اهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط
ضرورة وعن الثاني بانا دلالة الرضا لا تربوا على صريحه اذا لم يكن من ضرورات صريح او وههنا هذه الدلالة من ضرورات صحة
التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال واما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط
الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربوا على صريح الرضا اي لا يزيد عليه وصريح الرضا
لا يبطله قبل الرؤية فدلالته اولى اذا لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع قال
ومن نظر الى وجه الصبرة اعلم ان المبيع اما ان يكون شيئا واحدا او اشياء متعددة والثاني اما ان يكون متفاوت الاحاد
او لا فهذه اقسام ثلاثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون متعذرة كما
اذا كان عبدا او جارية فان في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما وذلك في العبد لا يجوز اصلا فسخ العقد او لم يفسخ وفي الامة
لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر الى عورتها واقعا في غير الملك لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كانه
لم يكن فكان النظر حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البائع يتضرر بالنشر والطي فيكتفي برؤية ما يدل
على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والدواب والبطيخ والجوز فيما ذكره الكرخي فلا
بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت احاده وان كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي
المتقارب والجوز والبيض على ما مال اليه المصنف يكتفى برؤية واحد منها لان رؤية البعض تعرف الباقي لعدم التفاوت
وعلامة عدم التفاوت ان يعرض بالنموذج الا ان يكون الباقي اردى منه فعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل خياره لانه يعرف
الباقي لانه مكيل يعرض بالنموذج والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية الا ان يكون في طيه ما كان مقصودا كموضع العلم واذا
نظر الى وجه الادمي بطل الخيار لانه هو المقصود في العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له الا ترى ان القيمة تتفاوت بتفاوت الوجه مع
التساوي في سائر الاعضاء واذا نظر الى الوجه والكفل في الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان في الدواب هذا هو المروي عن
ابي يوسف رحمه الله وشرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكيل والموزون والعددي المتقارب
في وعاءين فرأى في احدهما فان كان ما في الاخر مثل ما رأى او فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا رد رد الكل
لئلا يتفرق الصفقة واذا اشترى شاة فاما ان يكون للحم او للقنية اي الدر والنسل ففي الاول لا بد من الجس لان المقصود
انما يعرف به وفي الثاني من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه هو المعرف للمقصود قال ومن رأى صحن الدار فلا
خيار له رؤية صحن الدار وخارجها ورؤية اشجار البستان من خارج يسقط خيار الرؤية لان كل جزء من اجزائها منفذ رؤية كما تحت السرر

وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات وحينئذ سقط شرط رؤية الكل فاكتفى برؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل فاذا كان
في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما اذا اشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو
الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب
الكتاب اي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة او بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وغيرها وان ذلك يكون بعضه
واحده وهذا انصر معلوما بالنظر الجيد الى انه من خارج فاما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت
في عالية الدور بتعلق مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر قال ونظر الوكيل كنظر المشتري
قيل صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع او وكلتك بقبضه وصورة الارسال ان يقول كن رسولا
عني او ارسلتك او امرتك بقبضه وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال امرتك بقبضه اذا نظر الوكيل بالقبض
الى المبيع وقبضه سقط خيار المشتري فلا يرده الا بعيب علمه الوكيل او لم يعلم وقال الفقيه ابو جعفر اذا كان عيبا يعلم الوكيل
يجب ان يبطل خيار العيب واذا احتمه نظر الرسول بالقبض اليه وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله ان يرده عند ابي
حنيفة وقالا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره اي سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله الا ان يرده ولما
كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء التي حمله كذلك قيد المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض
فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه لما انه موكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط
الخيار وهو لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل فيه فصار كمن اشترى شيئا
ثم وكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل معيبا رآه عيبا لم يسقط خيار العيب للموكل ومن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم
يسقط خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل ولابي
حنيفة رحمه الله مبني على مقدمة هي ان القبض على نوعين تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه وهو مستور
قوله وهذا اشاره اي تنوعه نوعين وبيانه ان تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها
بانتهائها في اللزوم بحيث لا يرتد الا برضا او قضاء وخيار الرؤيه والشرط يمنعان ذلك واذا ظهر هذا فنقول الموكل يملك القبض بنوعيه
وكل من ملك بنوعيه ملكه وكيله لذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا
ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محاله اجاب
المصنف رحمه الله بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي اجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب
تعرض المورد قياسهما على الاسقاط القصدي والى رد قياسه قوله دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم يتوكل باسقاط
الخيار قصدا او ضمنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار من القبض التام يثبت للوكيل ضمنا للمتوكل به وهو القبض حتى
لو رآه قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع فانه توكل بشيء
توكل بما يتمه لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واورد بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام
الصفقة حيث لا يرتد به الا برضا او قضاء وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب خاصه بعد القبض
ولم يجعل تفريقا للصفقة لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع وما لم يمتنع عرف دل انه كان تمامه ومنعها ان ذلك الخيار
العيب لثبوت حق المطالبه بالجزء الفايت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل
وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لانه على هذا الخلاف ذكر القدوري ان من اشترى شيئا على انه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعلم
داه فهو على هذا الخلاف ولو سلم فبقاء الخيار في الموكل لا يملك القبض التام لانه تمامه بتمام الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط
والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لان الموكل يملك
الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالوكيل فان اتمام ما ارسل به ليس اليه وانما
اليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز بيع الاعمى مطلقا
وشراؤه جائز عندنا وله الخيار وقال الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فعمي فكذلك الجواب وان كان اكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه
اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وبه يحتج بمعاملة الناس العميان من غير نكير وبان من اصله انه لا يملك الشراء بنفسه لا
يملك الامر به لغيره فاذا احتاج الاعمى الى ما ياكل ولا يتمكن من شرى الماكول ولا من التوكيل به مات جوعا وفيه من الشيء ما لا يخفى ولنا
انه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل وفيه نظر لان قوله عليه السلام لم يره سلبة وهو
يقتضي تصور الايجاب وهو ان يكون في البصير والاولى ان يستدل له على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير نكير فان ذلك
اصل في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بجسه فخياره يسقط
بجسه وان كان مما يعلم بشمه فبشمه وبذوقه في المذوقات واما اذا كان نخلا او شجرا على شجر او عقارا فان خياره لا يسقط حتى
يوصف له لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض ائمة بلخ يمس الى حيطان والاشجار فاذا بان سبب العلم اذ
وصف له او وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروي عن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لرآه وقال
رضيت

رضيت سقط خياره لان التشبيه تقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين واجراء الموسى في حق الامي والاصلع والظاهر
الروايه على انه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف قال محمد في الجامع الصغير قال ابو يوسف في الاعمى يشتري الشيء لم يره
فيقول قد رضيت كان له ان يرده وان كان في مكان لو كان بصيرا لرآه قال رضيت لم يكن له ان يرده وقال الفقيه قال بعضهم
يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ومع ذلك يوصف له وهذا احسن الاقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه
وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم ابصر فلا
خيار له لان العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشترى بصير ثم عمي انتقل الخيار الى الصفه لان الناقل للخيار هو
النظر الى الصفه العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤيه قال
ومن راى احد الثوبين فاشتراهما قد تقدم ان في الجمع بين الاشياء المتفاوته الاحاد في البيع رؤية بعضها لا يعرف
الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منهما على هذا اذا راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر فله الخيار لكن لا يرد الذي
راه وحده بل يردهما ان شاء كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية
قبل القبض وبعده وكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضى فيكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفة
المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تفريق الصفقة قيل تفريق
الصفقة منهي عنه ولو تبعض رده ضعيف ان شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على ان له
ان يرد الذي لم يره وحده عملا بوجه حديث تخصيص النهي على الخبر واجيب بان موجب النهي مطرد في جميع صوره وموجب الخبر ليس كذلك فانه لا
يملك الرد اذا تعيب او اعتق احد العبدين او دبره فالمطرد راجح وبانه محرم والمحرم راجح على المبيح او لانه متاخر عن المبيح لئلا يلزم تكرار النسخ
وبان الرد لما كان غير ممكن لان رد احد الثوبين لا يكون ردا الا بعد ان اشترى ثوبين لا احدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على
الحالة الاولى قيل المنهي عن تفريقها مطلق وقد قيد تمام قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح والجواب ان النهي ان
يوجب التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فانه اذا اوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في احدهما
لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان العاده فيما بين الناس بضم الردي الى الجيد ترويجا له بالجيد واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق
الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل من الاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد
احدهما لا يرد الاخر ايضا لان فيما نحن فيه رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام فانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق بدون ردهم
لم يتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البايع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق
بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن لا يلزم الاستحقاق
له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤيه عليه رد الاخر لدفع ضرر يلزم البايع
قال ومن مات وله خيار الرؤيه بطل خياره فقد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض
لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤيه وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا نحتاج الى اعادته قال
ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مده ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مده فان كان على الصفه التي راه عليها سقط الخيار
لان العلم باوصافه حاصل له بتلك الرؤيه السابقة وبفوات العلم بالاوصاف يثبت الخيار فببقاء العلم بالاوصاف وهو ثبوت
الخيار مناه وثبت احد المتنافيين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤيه فينتفي الاخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه
هو الذي راه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان راه قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي فان له الخيار حينئذ لعدم الرضى
به وانما استثنى هذه الصوره لدفع ما عسى يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع مرئيا
من قبل ولم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرط الرضى به وحيث لم يعلم
انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤيه لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا
في التغير فالقول قول البايع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب او تبدل هيئه وكل منهما عارض والمشتري يدعيه
والبايع منكر ومتمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤيه السابقة وقيل هو البيع
البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض قوله الا
اذا بعدت المده على ما قالوا اي المتاخرون استثناء من قوله فالقول قول البايع فانه حينئذ يكون القول قول المشتري لان الظاهر
يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن شهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وقال ارايت لو
كانت جارية شابة راها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البايع انها لم تتغير كان لا يصدق على ذلك وقوله بخلاف ما اذا
اختلفا في الرؤيه متصل بقوله فالقول للبايع يعني اذا اختلف البايع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان
البايع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين قال ومن اشترى عدل زطي
العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره فقبضه
فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المصنف لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع او هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا

اووصفه وسلمه لم يرد شيا منها اي من الثياب الزطيه الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الي العدل وانثه في قوله
منها نظرا الي الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشتري عدلا على خيار الشرط فقبضه
وباع ثوبا منه او وهبه وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يمنعان
تمامها كما مر والخيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسئلة لانه كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فلو عاد
الثوب الذي باعه الي المشتري بسبب هو فسخ بان رد المشتري الثاني بالعيب بالقضا او رجع في الهبة فهو اي المشتري الاول
او الواهب على خياره فيجوز ان يرد الكل بخيار الرويه لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمه
السرخسي وعن ابي يوسف ان خيار الرويه لا يعود بعد سقوطه لان الساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الي العيب من قبيل
اضافة الشي الي سببه اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا رده لان مطلق العقد يقتضي
وصف السلامه اي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتري من عدي بن خالد بن هوذه عبدا
لا دا ولا غايله ولا خبثه وكتب في عهدته هذا ما اشتري محمد رسول الله من عدا بن خالد بن هوذه عبدا لا دا ولا غايله ولا
خبثه بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء ما رواه الحسن عن ابي حنيفه رحمه الله المرض في الجوف والكبد والريه فان المرض ما يكون في ساير
البدن والدا ما يكون في الجوف والكبد والريه وفيما روي عن ابي يوسف انه قال الدا المرض والغايله ما يكون من قبيل الافعال كالاباق
والسرقه والخبثه قيل هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي هذا تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب ووصف
السلامه يفوت بوجود العيب فعند فوته يتخير لان الرضي داخل في حقيقة البيع وعند فوته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضي
به فان قيل تقرير كلامه على الوجه المذكور مستلزم محاله واذا فات اللازم انتفي الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الي
الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفا به لا يلزم انتفا العقد وليس له ان يمسكه وياخذ النقصان لان الفايت وصف اذ العيب اما ان يكون
بما يوجب فوات جزء المبيع او تغيره من حيث الظاهر كالعمي والعور والشلل والزمانه والسن السودا والاصبع الناقصه والسن
الساقطه واما ان يكون بما يوجب النقصان معني لا صوره كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والدفر والبخر
في الجاريه وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شي من الثمن لان الثمن اما ان يقابل بالوصف والاصل او بالاول دون
الثاني او بالعكس لا سبيل الي الاول والثاني لما يودي الي مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث قوله في مجرد العقد احتراز عما
اذا كانت الاوصاف مقصوده بالتناول كما تقدم وقوله ولانه لم يرض بزواله دليل اخر على عدم جواز امساكه باخذ النقصان
او قيمته او ارشه وتقديره ان البايع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمي وفي امساكه واخذ النقصان زواله باقل فلم
يكن مرضيه وعدم رضى البايع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون الزاما على البايع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفي
والمشتري وان كان يتضرر بالعيب ايضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون ضرره فلا ضروره في اخذ النقصان قيل البايع
اذا باع معيبا فاذا التسليم البايع يتضرر لان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب والاختيار له وعلي هذا فالواجب اما
شمول الخيار لهما او عدمه لهما واجيب بان المبيع كان في يد البايع وتصرفه ومدا استيعوطول زمانه بما يتصف ملكه فلا يكون له
الخيار والنظر بخلافه والمشتري فانه ما راي المبيع فلو الزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم
المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البايع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك اي رويه العيب
عند الحالين رضى بالعيب دلالة قال وكلما اوجب نقصان الثمن العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمه وذكر المصنف
رحمه الله ضابطه كليه يعلم بها العيوب الموجبه للخيار على سبيل الاجمال فقال وكلما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو
عيب لان التضرر بنقصان الماليه ونقصان الماليه بانتقاص القيمه فالتضرر بانتقاص القيمه والمرجع في معرفته عرف اهله
قال والاباق والبول في الفراش والسرقه عيب الصغير الذي يعقل اذ ابق من مولاه ما دون السفر من المصر الي القريه او بالعكس
فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولي والسفر وما دونه فيه سوا فلو ابقت الجاريه من الغاصب الي مولاها فليس باباق ولو ابقت
منه ولم ترجع الي مولاها عالمه بمنزله وتقوي على الرجوع اليه فهو عيب وان فات احدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو مميز
ياكل وحده ويشرب وحده فكيس فكذلك واذا سرق درهما من مولاها او من غيره فكذلك لا خلالها بالمقصود لانه لا يامنه على ماله
ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقه مال غيره فيكون عيبا بلا تفرقه بين المولي وغيره الا في الماكول للاكل فان سرقتها
من مولاه ليست بعيب فاذا وجد كل هذه الاشيا من الصغير عند البايع والمشتري في حال صغره فهو عيب يرد به واذا وجدت
عندهما في حال كبره فكذلك واما اذا اختلف فكان عند البايع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرد به لان سبب هذه الاشيا
مختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب قال والجنون في الصغير عيب ابدا معناه ان الجنون فارق العيوب المذكوره
في عدم اشتراط اتحاد الحالين لان السبب في الحالين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البايع في صغره يوما او ساعه ثم عاوده
عند المشتري في كبره يرده وليس معناه ان المعاوده في يد المشتري ليست بشرط كما مال اليه شمس الايمه الحلواني وشيخ الاسلام
وهو رواية المنتقي بناء على ان اثاره لا ترتفع وذلك يتبين في حالين عينيه لان الله تعالي قادر على ازالته بحيث لا يبقي من اثره شي

والاصل

والاصل في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الرد الا بالمعاوده وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير قال والدفر والبخر عيب في
الجاريه الدفر رايحه موذيه يجي من الابط والذفر بالذال المعجمه حدة الرايحه طيبه كانت او كريهه ومنه مسك اذفر وابط ذفر او هو مراد
الفقها من قولهم الذفر عيب في الجاريه وهكذا في الروايه والنتن والبخر نتن رايحه الفم كل منهما عيب في الجاريه للاخلال بما هو يكون
مقصود او قد يستفرش وليس في الغلام لانه لا يخل بالخدمه المقصوده منه الا ان يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه حينيذ
يكون من دا والدا انفه يكون عيبا والزنا وولد الزنا عيب في الجاريه دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثاني بطلب
الولد فان الولد يعير بزنا امه وليس يخل في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا ان يتكرر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه
يصير عاده ويحتاج الي اتباعهن ويخل بالخدمه قال والكفر عيب فيهما الكفر عيب في الجاريه والغلام لان طبع المسلم
ينفر عن صحبته والنفور عن الصحبه يودي الي قلة الرغبه وهي تورث قلة الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالا
نفاق وعن كفارة اليمين والظهار عند بعض فيخل بالرغبه فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهه في الرد وان اشتراه
على انه كافر فوجده مسلما لم يرده عندنا لانه زوال العيب وزوال الشي لا يكون اباه كما اذا اشتري معيبا فاذا هو سليم معنى هذا
ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءه عن عيب الكفر لا الشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محاله وقال الشافعي يرده
لانه فات شرط مرغوب لان الاولي بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا امر راجع الي
الديانه ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجاريه بالغه لا تحيض بان ارتفع عنها في اقصي غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنه
فيها عند ابي حنيفه وادعي المشتري بعد ثلاثه اشهر من وقت الشرا فيما روي عن ابي يوسف او اربعة اشهر وعشر فيما روي عن محمد
او سنتين فيما روي بعض عن ابي حنيفه وزفر رحمهما الله انها لم تحض او تحبل بها او لدا كان ذلك عيبا ترد به والمرجع في الحبل قول النسا
ويكتفي بقبول امراة واحده في حق سماع الخصومه وفي الدا قول الاطبا قول عدلين وقال ابو المعين يكفي قول عدل واحد منهم وقيد
بان يكون الدعوي بعد المدة المذكوره لانه اذا ادعي في مدة قصيره لا يلزم القاضي الاصغا الي ذلك وبان يكون دعواه مشتملا على انضمام
الدا اليه لان هذا الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكوره وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا
لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الدا لان العاده التي خلقت على السلامه الحيض في اوانه والسلامه المعاوده على وجه للدوام
فاذا جاوزت اقصي العدد وهو سبع عشرة سنه ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك لدا في بطنها والدا عيب ويعرف ذلك
اي الارتفاع والاستمرار بقول الامه فان انكر البايع ذلك لا ترد عليه الا بحجه ولا يقبل فيه قول الامه وحدها ويستحلف البايع فان نكل
ترد عليه بنكوله فمتى كان بعد القبض او قبله في ظاهر الروايه وهو الصحيح لان شهادة النسا فيما لا يطلع عليه الرجال مقبوله
في توجه الخصومه فقط وعن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامه وبشهادة النسا لان العقد قبل القبض لم يتاكد فجاز ان
ينفسخ بشهادتهن قال واذا حدث عند المشتري عيب اذا حدث عند المشتري عيب بافه سماويه او غيرها ثم اطلع على
عيب كان عند البايع فله ان يرجع بنقصان العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فان كان بينهما تفاوت عشر
او ثمن او سدس او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبايع بخروج المبيع من ملكه سليما عن العيب الحادث
وعوده اليه معيبا به والاضرار ممتنع ولا بد من دفع الضرر عنه اي عن البايع ويجوز ان يعود الي المشتري لانه ايضا يتضرر بالعيب
لان مطلق العقد يقتضي السلامه والرجوع طريق صالح للدفع فيتعين مدفعا الا ان يرضي البايع ان ياخذه بعيب حادث
لانه رضي بالضرر والرضي اسقط لحقه كان للمشتري ان يرضي ان ياخذه بعيبه القديم فان قيل اين قولكم الاوصاف
لا يقابلها شي من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصوده بالتناول حقيقه او حكما كان لها حصة من الثمن وههنا لذلك
كما مر قال ومن اشتري ثوبا فقطعه ومن اشتري ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي
هو عيب حادث لا يقال البايع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع
الضرر لان البايع غره بتدليس العيب لانا نقول المعصيه لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان
في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار للبايع لا لفعل باشره وفي عدم الرد
وان كان اضرار للمشتري لكن بالجزء باشره فكان ذلك اولي غير ما هو انظر لهما الا اذا قال البايع انا اقبله كذلك فان له ذلك
لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسئله وبين ما اذا اشتري بعيرا
فنحره فلما شق بطنه وجد امعاه فاسده فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند ابي حنيفه رحمه الله اجيب بان النحر
افساد لماليته لصيرورته البعير عرضه للنتن والفساد ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقته فيجعل معني قيام المبيع فان باعه
المشتري بنفسه بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشي لانه جاز ان يقول البايع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضى البايع
فاذا المشتري يصير بالبيع لبيع حابسا للمبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذاك لامكان رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع
ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب
الزياده لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزياده او عليه معها ولا سبيل الي شي من ذلك اما الاول فلانها لا تنفك عنه
واما الثاني فلان الزياده ليست بمبيعه والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزياده لحق الشرع فكونه ربوا

بلغ

بلغ

بلزوم انتفاء البيع لان مطلق العقد
اذا انتفي صفة السلامه كان ...

سواه

قراح

الحيل اذا انقطاع
الحيض او على
انقضا ...

فليس للبايع ان يقول انا اخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزياده المنفصله المتولده من المبيع كالسمن
والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزياده ممكن تبعا للاصل لان الزياده هنا تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد
بخلاف الصبغ والخياطه واعلم ان الزياده اما متصله او منفصله وكل منهما اما متولده من المبيع او غير متولده فالمتصله المتولده مطلب
كالجمال والحسن لا يمنع الرد في ظاهر الروايه وغير المتولده كالصبغ والخياطه يمنع عنه بالاتفاق والمنفصله المتولده كالولد والثمر
يمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولده كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك ان يفسخ العقد في الاصل دون الزياده ويسلم الزياده للمشتري ان م
مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما ان الكسب ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كان منافع
الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربوا فان باع المشتري
الثوب المخيط او الثوب المصبوغ بالحمره او السويق الملتوت بالسمن بعدما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل
البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطه كان حابسا والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع
قايما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد وان رضي به البايع فاذا اخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وعن هذا اي مما قلنا ان
المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا وقطعه لباسا لولده
الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التمليك حصل قبل الخياطه لانه لما قطعه لباسا له كان واهبا له وقابضا
لاجله فتم الهبه بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبايع ان
يقول انا اقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تمليك له صار حابسا للمبيع فيمنع الرجوع بالعيب وهذه نظير ما
اذا باع بعد القطع قبل الخياطه وعلى هذا ذكر الخياطه في هذه المسله ليس يحتاج اليه الا انه ذكرها بمقابله الصوره الثانيه
ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطه امتنع الرجوع حقا
للشرع بسبب الزياده فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطه
والصبغ واللت قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان
اما الموت فلان الملك ينتهي به اي ينتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حينئذ وفيه اقرار المشتري باللبس بفعله وهو الموت
فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان
وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب احمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان امتناع الرد هنا كان
بسبب وجود الزياده في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربوا وردا بانه حينئذ يجب
ان يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزياده والحق ان يقال في الجواب علم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود
الزياده لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر
الرد كان حابسا حكما فكانه في يده يحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انها الملك لان الادمي
ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموقت الى وقت ينتهي بانتهايه فكان الاعتاق
انها كالموت قوله وهذا اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتها لان الشي يتقرر بانتهايه فيجعل كان الملك باق والرد د
متعذر فصار حابس الا يرى ان الولا يثبت بالعتق والولا اثر من اثار الملك فبقاوه كبقا اصل الملك والتدبير والاستيلاد
بمنزلة الاعتاق لان النقل الى ملك البايع تعذر بالرد بالامر الحكمي مع بقا المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو
دونهما فالجواب ان الانها يحتاج اليه لتقرير الملك يجعله كان لم يكن كاينا وههنا الملك متقرر فلا حاجه اليه وان اعتقه على
مال او كاتبه لم يرجع بشي لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفه انه يرجع لان الاعتاق انها الملك وان كان
بعوض لان المال فيه ليس بامر اصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولايه وان قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع
بنقصان العيب في ظاهر الروايه وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر في الينابيع انه قول محمد معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم
دنيوي يعتد به الا كالقصاص والديه فصار كالموت بمرض على فرشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا
لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج اي مبطل وسقوط القصاص والديه عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك
فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس يوجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن احد الشريكين
اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستعيضا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فاكل كله او ثوبا فلبسه حتى
تخرق لا يرجع عند ابي حنيفه استحسانا وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع ما يقصد بشرايه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق
ولابي حنيفه رحمه الله ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع او قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب
للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهما ان لا يعتبر بكونه مقصودا
لان البيع مما يقصد بالشرا ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفه لان
الطعام لشي واحد فصار كبيع البعض وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان في روايه يرجع بنقصان العيب في الكل لان
الطعام في حكم شي واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض اولى وفي روايه يرد
ما

وكل موضع يكون المبيع فيه قايما وهو في ملكه ولم يخرجه البايع فاذا اخرج عن ملكه رجع بنقصان العيب

ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكله وفي بيع البعض عنهما روايتان
في احديهما لا يرجع بشي كما هو قول ابي حنيفه وهو المذكور ههنا لان الطعام كشي واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى
يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل قال ومن اشترى بيضا
او بطيخا اذا اشترى بيضا او بطيخا او قثا او جوزا او شيا من الفواكه فكسره غير عالم بعيبه فوجده الكل فاسدا بان كان
منتنا او مرا او خاويا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيا بعدما ذاقه فله ان يرجع بالثمن
كله لانه تبين بالكسر انه ليس بمال اذ المال ما ينتفع به اما في الحال او في الماك والمذكور ليس كذلك وبعض من القيود باعتبار ما
فانه اذا كسره عالما بعيبه صار راضيا واذا صلح لاكل بعض الناس او الدواب او وجد قليل اللب كان من العيوب لان الفساد
وان تناول منه شيا بعدما ذاقه صار راضيا واذا لم يكن مالا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح في
البيض لان قشره لا قيمة له واما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز ان يكون العقد
صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البايع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا اجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح
قشره على ما قيل لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقع باطلا فرد
القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان المبيع بيض النعامه فوجدها بالكسر مذره ذكر المشايخ انه يرجع بنقصان العيب
وهذا الفصل يجب ان يكون بلا خلاف لان مالية النعامه قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه فاذا كان مما ينتفع به في الجمله بيض م
لم يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي رحمه الله
يرده لان الكسر وان كان عيبا حادثا لكنه بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البايع لانه بالبيع لم يبق
ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع
بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه هدرا ولو وجد البعض فاسدا فالفاسد اما ان يكون قليلا كالثنتين في
الماية او كثيرا كالثمانين فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له ان يخاصم البايع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر م
من حاله الرضا بالفساد والجوز في العاده لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك
مفسد للعقد كالجمع بين الحر والعبد قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان معنى م
ان قبل بقضا القاضي او بغير قضا به فان كان الاول فاما ان يكون بقضا وظهر القضا في هذه الصوره ان الخصم ادعى
على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك فاثبت الخصم بالبينه وانما احتيج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد باقامة
محتاجا الى القضا بل يرد عليه باقراره بالعيب وحينيذ ليس له ان يرده على بايعه لانه اقاله واما ان يكون ببينة او باباء يمين وفي كل
ذلك له ان يرده على بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قايم فله الخصومه والرد بالعيب قوله
غاية الامر اشاره الى جواب زفر فانه قال اذا جحد العيب ليس له ان يدعي على البايع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا فاجاب
ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضا القاضي ارتفعت المناقضه وصار كمن اشترى شيا
واقر ان البايع باع ملك نفسه ثم جا انسان واستحقه بالبينه لا يبطل حقه بالرجوع على البايع بالثمن وقوله وهذا بخلاف الوكيل
اشاره الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينه كان ذلك ردا على الموكل وفي ما نحن فيه الرد على المشتري
ليس ردا على البايع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفي ما نحن فيه بيعان ويرد
احدهما لا يرتد الاخر وان كان الثاني فليس له ان يرده لانه اقاله وهي بيع جديد في حق ثالث والبايع الاول ثالثهما هذا اذا رد
المشتري الثاني على الاول بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فلا فرق بينهما اذا كان الرد بقضا او بغيره لان الرد قبل القبض
بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط او بخيار الرويه وصرح بذكر وضع الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في عيب
لا يحدث مثله كالاصبع الزايده او الناقصه وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سوا وان كان قد يتوهم ان العيب اذا كان
مما لا يحدث وقد رده بغير قضا فله ان يرده على بايعه للتيقن بوجوده في يد البايع وهو الذي ذكر في بعض روايات بيوع الاصل
والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضا اقاله يعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البايع الاول
فلا يعود الملك المستفاد من جهة البايع الاول لتخاصمه قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا ومن اشترى عبدا
فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البايع او يقيم المشتري البينه فان حلف البايع دفع اليه الثمن وان اقام المشتري
البينه على ان ثمة بدفع الثمن او المبيع واستشكل هذه العباره لانه جعل غاية عدم الاجبار اما يمين البايع او بينة المشتري وذلك
بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقامة البينه يستمر عدم الاجبار لا ينتهي
واجيب بوابا وجه لانه من باب علفتها تبنا وما بارد التقدير علفتها تبنا وسقيتها ما باردا او بان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغايتان
فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينه حكم من
الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها انه بمعنى اطعمتها فانه يستعمل في الشي كما استعمل الطعم في معنى الشرب قال تعالى ومن
لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشربه وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر اللازم وارادة الملزوم كنايه والحق ان الاشكال

أما هو بالنظر إلى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم قوله لأنه أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعين حقه بدعوى العيب وإنكار تعين الحق إنكار علة وجوب
دفع الثمن تعليل لعدم الإجبار لأن وجوب دفع الثمن أولا ليس إلا ليتعين حق البائع بإزاء تعين المبيع فحيث أنكر تعين حقه في المبيع
حقه في السليم فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولا وإنكار العلة إنكار للمعلول فانتصب خصما ولا بد حينئذ من حجة وهي إما بينة أو
يمين البائع فإن قيل في هذا التعليل فساد الوضع لأن فساد الإنكار تقتضي إسناد اليمين إليه لا إقامة البينة أجيب بأن
الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع يدعي ما يوجب دفع وجوب دفع الثمن أولا وإن كان في الصورة منكرا وقوله ولأنه
لو قضي بالدفع دليل آخر يتضمن جواب ما قيل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم
لا يعارض المتحقق وتقريره أن ما ادعاه المشتري وإن كان موهوما لكن يجب على القاضي اعتباره صونا لقضائه عن النقض
فإنه إن قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء قال فإن قال المشتري شهودي بالشام أي إذا طلب من المشتري
إقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب استحلف البائع فإن حلف دفع إليه الثمن لأن في الانتظار ضررا بالبائع
فإن قيل في إلزام المشتري دفع الثمن ضرر له أيضا أجاب المصنف بقوله وليس في دفع الثمن كثير ضرر به لأنه على حجته
يعني هو بسبيل من إقامة البينة عند حضور شهوده وفيه بحث من وجهين الأول ما قيل إن بقاء المشتري على حجته مبطل لقضاء
القاضي وقد تقدم بطلانه والثاني أن الانتظار وإقامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضررا
والآخر دونه والجواب عن الأول أن القاضي ههنا قد قضى بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان
وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز أن يكون ذلك حيلة فلا يسمع قوله في حق غيره وإذا طلب المشتري يمين البائع
فنكل لزم العيب لأن النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالإجماع وعن النكول في الأشياء
الستة عند أبي حنيفة قال ومن اشترى عبدا فادعى إباقا أي إذا ادعى المشتري إباق العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا
يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فإن أقام بينة أنه أبق عنده صح دعواه وقال للبائع هل كان عندك
هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فإن قال نعم رده عليه إن لم يدع الرضا أو الإبراء وإن أنكر وجوده عنده أو ادعى
اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري ألك بينة فإن أقامها عليه رده عليه وإن لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف أنه لم يأبق عنده
وإنما لم يحلف قبل إقامة المشتري البينة لأن القول وإن كان قول البائع لكونه منكرا لكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به
في يد المشتري لأن السلامة أصل والعيب عارض ومعرفته إنما تكون بالحجة والبينة تحتاج من وجهين أحدهما أن البينة إنما تقبل من المدعي
والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل هو إذا ادعى العيب في يد البائع والثاني أن سلامة الذمة عن الدين أصل والشغل به عارض
كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فأي فرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا ادعى على آخر دينا وأنكر المدعى عليه وكل فإن القاضي
يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وإن لم يثبت قيام الدين في الحال وأجيب عن الأول بأن إقامة هذه البينة من تتمة إقامة
البينة على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من ذلك إلا بهذه فكانت من المدعي بهذا الاعتبار وعن الثاني بأن قيام الدين
في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي إلى إحياء حقه لأنه ربما لا يكون له بينة أو كانت له بينة لكنه لا يقدر على إقامتها
لموت أو غيبة بخلاف ما نحن فيه لأن توسل المشتري إلى إحياء حقه ممكن لأن العيب إذا كان مما يعاين وثبت هذا أمكن إثباته بالوقوف
على آثاره وإن لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع إلى الأطباء والقوابل وإذا ظهر هذا فإذا أقام المشتري البينة حلف
البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وإن شاء
حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لأن العيب
قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه
وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا ويجوز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم
وجود العيب في الحالين جميعا فنفى وجوده في أحدهما يكون بارا لأن الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري وإنما
قال توهم تعلقه بالشرطين إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه موهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة
ذكر هذه العبارة في التحليف وقال إلا أنه قال والنظر للمشتري ينعدم إذا استحلفه بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم
قال هو الأصح عندي الأول لأن البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا في يمينه إذا لم يكن العيب منتفيا
في الحالين جميعا وعلى هذا فلقائل أن يقول في عبارة المصنف تسامح لأنه قال أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا
العيب وعلله بأنه يوهم تعلقه بالشرطين فيقتضي ذلك أن الفائدة إلا يوهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح فإذا لم يكن التأويل صحيحا
كان التحليف به جائزا ولم يكن نافيا قوله لا يحلفه إلا إذا حمل النفي على الوجه الأحوط فيستقيم فإن قيل الإباق فعل الغير و
التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم دون البتات فالجواب أن الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود
عليه سليما كما التزمه وقيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك أما إذا ادعى
أن له علما بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك فإن لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله
ما يعلم أنه أبق عند المشتري يحلف له ذلك أو لا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وهو المذكور في النوادر
ذكره

ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسألة لما أن الدعوى معتبرة لأنه يترتب عليها البينة وكل ما يترتب
عليه البينة يترتب عليه التحليف بالاستقراء ولأبي حنيفة على قول من يقول لا تحليف على مذهبه أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة
ولا تصح الدعوى إلا من خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري ههنا خصما إلا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها ولا نسلم أن كل
ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف فإن دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا تستلزم الدعوى
فضلا عن صحتها بل قد تقدم على ما لا دعوى فيه أصلا كالحدود بخلاف التحليف والفرق أن التحليف شرع لقطع الخصومة فكان
مقتضيا سابقة الخصومة بخصم وأن يكون المشتري ههنا خصما إلا بعد الإثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم وأما
البينة ههنا فشرعت لإثبات كونه خصما فلا يستلزم كونه خصما وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على البتات على ما تقدم
قال المصنف رحمه الله إن كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده
بعد البلوغ لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لأنه إذا أبق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أبق عند البائع
في حالة الصغر ومثل هذا الإباق ليس بموجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرر به
قال ومن اشترى جارية وتقابضا ومن اشترى جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع فوجد المشتري بها عيبا فقال البائع
تحصص الثمن على تقدير الرد فقال بعتك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لأن الاختلاف
في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض لأنه أعرف بما قبض كما في الغصب فإنه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه
فقال المغصوب منه غصبت مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لأنه القابض وكذا إذا
اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض في مقداره بأن كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال
المشتري ما قبضت إلا إحداهما فالقول قول المشتري لما بينا أن الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل
ههنا أولى لأن كون المبيع شيئين أمارة ظاهرة على أن المقبوض كذلك لأن العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما قال ومن
اشترى عبدين صفقة واحدة رجل قال للآخر بعتك هذين العبدين بألف درهم فقبل وقبض أحدهما وهو سليم فوجد بالآخر
عيبا ليس له إلا أن يرد المعيب خاصة بل يأخذهما أو يدعهما جميعا لأن الصفقة تتم بقبضهما لما أن تصرف المشتري بالمبيع قبل القبض
لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ وما تتم الصفقة بقبض بعضه لأنه لا تتم لتوقفه على قبض الكل إذ ذاك فالتفريق قبل
تفريق قبل التمام وهو لا يجوز لما ذكرنا يعني قبيل باب العيب بقوله لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم
قبله وهذا أي التفريق في القبض لا يجوز لأن للقبض شبها بالعقد من حيث إن القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما أن العقد
يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد ولو قال بعتك هذين
العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا قال ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه إذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا
قال في شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير إلى أن الاختلاف بين العلماء فإنه قال ويروى عن
أبي يوسف أنه يرده خاصة ووجهه أن الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر إليه لا يلزم تفريق الصفقة والأصح أنه ليس له ذلك
لأن تمام الصفقة يتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لأجل الثمن فإنه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا
لأحد البدلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا له أن يرده خاصة وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لأن فيه تفريق الصفقة
ولا يعرى عن ضرر إذ العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا أنه
إذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضائر بخلاف خيار الرؤية والشرط فإن الصفقة لا تتم بالقبض فيهما أما
في خيار الرؤية أن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري
عند القبض على صفة السلامة كما أوجبه العقد والأصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد وتضرر البائع إنما لزم
من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما أيضا لوجود التدليس منه لأنه يستلزم التفريق
قبل التمام وإنه لا يجوز وقيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع كالعبدين أما إذا لم يكن كزوجي الخف ومصراعي
الباب فإنه يردهما أو يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة قوله ولهذا
أي ولأن الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله لو استحق أحد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري أن يرد الآخر بل العقد قد لزم فيه
لأنه تفريق بعد التمام قال ومن اشترى شيئا مما يكال أو يوزن فكان تفريق الصفقة لا يجوز إذا كان قبل القبض في سائر
الأعيان وبعده يجوز في غير المكيل والموزون وأما فيهما فلا يجوز إذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين على اختيار
المشايخ وقيل إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لأنه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع وجه الأظهر
أنه إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما أما الأول فلأنه يسمى باسم واحد كالكر والقفيز ونحوهما وأما الثاني فلأن المالية
والتقوم فيها باعتبار الاجتماع ولأن الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب
الواحد وفي الشيء الواحد إذا وجد بعضه معيبا ليس له إلا رد الكل أو إمساكه لأن رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري
وهي في الأعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فإن قيل لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي

اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله ساقط
وعلى الاخرى انما لزم الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانهما العقد في
في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا او
لم يرجع بشيء لانه جاز ان يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضا البائع فاذا المشتري يصير بالبيع حابسا للمبيع
ولا رجوع بالنقصان اذ ذاك لامكان رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم
اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليه
معها ولا سبيل الى شيء من ذلك اما الاول فلانها لا تنفك عنه واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل
العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق الشرع لكونه ربا فليس للبائع ان يقول انا اخذه فيتعين الرجوع بالعيب مدفعا
للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان الفسخ في العقد في الزيادة ممكن تبعا
للاصل لان الزيادة ههنا تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة
وكل منهما متولدة من المبيع او غير متولدة فالمتصلة المتولدة كالجمال والحسن لا يمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخيا
طة يمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر يمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك
ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف المشتري لولد والفرق بينهما ان الكسب ليس بمبيع بحال لانه
لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولذلك كان منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع
فلا يجوز له ان يسلم له مجانا لما فيه من الربا فان باع المشتري الثوب المخيط او الثوب المصبوغ بحمرة او السويق الملتوت بالسمن بعد
ما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة
كان حابسا والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فان اخرجه عن ملكه لا
يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي به البائع فاذا اخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب
وعن هذا اي عما قلنا ان المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا اذا من اشترى ثوبا
فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لان التمليك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباسا له كان
واهبا وقابضا لاجله فتم الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان
وللبائع ان يقول انا اقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تمليك له صار حابسا للمبيع فيمنع الرجوع بالعيب
وهذه نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة ليس محتاج اليه الا انه ذكرها لمقابلة الصورة الثانية
ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع
بسبب الزيادة فالتمليك والتسليم بعد ذلك يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله وهو نظير ما اذا باع بعد الخياطة والصبغ
واللت قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت
فلان الملك ينتهي به اي يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حينئذ وفيه اقرار المشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان
دفعا للضرر فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يجعل على ان الامتناع اذا كان لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا كان
صبغ الثوب احمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان الامتناع هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب
ذكر الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربوا والربا فحينئذ يجب ان يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب
الزيادة والحق ان يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ لما حصل بفعله من وجود الزيادة لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه
ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد صار حابسا حكما فكانه في يده حقيقة وهو يريد
الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك
فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموقت بوقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت قوله وهذا اي جواز الرجوع
بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسا الا ترى ان الولاء يثبت
بالعتق والولاء اثر من اثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق لانه تعذر النقل الى ملك البائع تعذر
بالرد بالامر الحكمي مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه عنه دونهما فالجواب انه لا يحتاج اليه لتقرير الملك
بجعل ما لم يكن كائنا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس
المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لان الاعتاق انهاء الملك وان كان بعوض لان المال فيه ليس باثر اصلي بل من العوارض ولهذا يثبت
الولاء به وان قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر في الينابيع قول
محمد معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي لعدم بدلا لا القصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه القتل به
الظاهر انه لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج اي مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في
قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم تقوده

مطلب في الزوائد

ومن

ومن احد الشريكين اذا كان مفوضا فقد يخلف عن الضمان فلم يصر به مستفيضا فيمنع الرجوع فاذا كان المبيع طعاما فاكل كله او ثوبا فلبسه
حتى تخرق لا يرجع عند ابي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق ولابي
حنيفة ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع او قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير
وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصودا لان البيع مما يقصد بالشراء
ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع
البعض وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد
بعضه واكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض اولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد
في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكله وفي بيع البعض عنهما روايتان في احديهما لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة
وهو المذكور ههنا لان الطعام شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بنقصان
العيب فيما باع باعتبار البعض بالكل قال ومن اشترى بيضا او بطيخا اذا اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او جوزا او شيئا
من الفواكه فكسره غير عالم بعيبه فوجد الكل فاسدا بان كان منتنا او مرا او خاويا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا العلف الدواب ولم يتناول منه
شيئا بعد ما ذاقه فله ان يرجع بالثمن كله لانه تبين بالكسر انه ليس بمال اذ المال ما ينتفع به اما في الحال او في المال والمذكور ليس كذلك
ويعلم من القيود باضدادها فانه اذا كسره عالما بعيبه صار راضيا واذا اصلح لبعض الناس او الدواب او وجده قليل اللب كان
من العيوب لا من الفساد وان تناول منه شيئا بعد ما ذاقه صار راضيا واذا لم يكن مالا فلا يكون محلا للبيع فيكون باطلا
فان قيل التعليل صحيح في البيض لان قشره لا قيمة له واما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته
فيجوز ان يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا
اجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان
اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان المبيع بيض النعامة فوجدها
بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ انه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب ان يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة
قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه واذا كان مما ينتفع به في الجملة لا يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا
للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي يرده لان الكسر وان كان عيبا حادثا لكنه بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في
ملك المشتري لا في ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن للتسليط الا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه
فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه هدرا ولو
وجد البعض فاسدا فالفاسد اما ان يكون قليلا كالاثنين في المائة او كثيرا كما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له ان
يخاصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني
لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والعبد في العقد قال ومن باع عبدا فباعه
المشتري ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيبه فاما ان قبل بقضاء القاضي او بغير قضاء فان كان الاول فاما ان
يكون باقرار ومعنى القضاء في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك فاثبت
الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء فلم يرد عليه باقراره بالعيب
وحينئذ ليس له ان يرده على بائعه لانه اقالة واما ان يكون ببينة او باباء يمين وفي كل ذلك له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل
فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب قوله غاية الامر اشارة الى جواب زفر عما قال ان الجاحد
العيب ليس له ان يدعي على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه
لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه
بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن وقوله وهذا بخلاف الوكيل اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل
بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس ردا على البائع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرد
على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان فرد احدهما لا يوجب انفساخ الاخر وان كان الثاني فليس له ان يرده لانه اقالة وهي بيع جديد
في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما كان
الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط او خيار الرؤية كذا صحح بذكر
وضع الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة او الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح
والامراض سواء وان كان قد يتوهم ان العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله ان يرده على بائعه للتيقن بوجوده
في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات بيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة لعقد التراضي
فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول لتخاصمه قال
ومن اشترى عبدا او من اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او تقيم المشتري البينة فان

حلف البايع دفع اليه الثمن وان اقام المشتري البينة فهو ان شا يدفع الثمن او المبيع واستشكل هذه العبارة لان جعل غاية عدم الاجبار
اما يمين البايع او بينة المشتري وذلك بالنسبة الي الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة الي الثاني ليس بصحيح لان باقامة
البينة يستمر عدم الاجبار الذي ثبت به واجابوا باوجه بانه من باب علفتها تبنا وما بارد اي تقديره وسقيتها ماء باردا او بان يجعل الكلام منتظما
للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر علي دفع الثمن حتي يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار لان كل واحد
من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها انه بمعني اطعمتها فانه مستعمل في السقي كما استعمل الطعم
في معني الشرب قال الله تعالي ومن لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشربه وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار فذكر اللازم واراد الملزوم
فيه والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الي مفهوم الغاية وهو ليس بلازم قوله لانه انكر وجوب دفع الثمن تعليل لعدم الاجبار لان المشتري
انكر وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن اولا ليس الا ليتعين حق البايع بازا تعين المبيع فحيث انكر تعين حقه في المبيع لان حقه في
التسليم فقد انكر علة وجوب دفع الثمن اولا وفي انكار العلة انكار المعلول فيستصحب حقه ولا بد حينيذ من حجة وهي اما بينة او يمين
البايع فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان فساد الانكار يقتضي اسناد اليمين اليه لا اقامة البينة لحديث فالجواب ان
الاعتبار بالمعني لا بالصورة وهو فيه مدع يدعي ما يوجب دفع وجوب الثمن اولا وان كان في الصورة منكرا وقوله لانه لو قضي بالدفع
دليل اخر يتضمن جواب ما قيل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض
المتحقق وتقديره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوما لكنه يجب علي القاضي اعتباره صونا لقضاءه عن النقض فانه ان قضي
بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضا قال فان قال المشتري شهودي بالشام اذا طلب من المشتري اقامة البينة علي
ما ادعاه فقال شهودي غيب استحلف البايع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبايع فان قيل في الزام المشتري دفع
الثمن ضرر له ايضا اجاب المصنف بقوله وليس في دفع الثمن كبير ضرورة لانه علي حجته يعني هو سبيل من اقامة البينة عند حضور شهوده
وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل في بقا المشتري علي حجته بطلان قضا القاضي وقد تقدم بطلانه والثاني ان الانتظار واقامة
الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود فكيف كان احدهما اضرارا والاخر دونه والجواب عن الاول ان القاضي هنا لم يقض
باداء الثمن الي حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثاني بانه في دعوي غيبة الشهود متهم لجواز ان يكون
ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري يمين البايع فنكل الزم العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب
قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص اجماعا وعن النكول في الاشيا السته عند ابي حنيفة قال ومن اشتري
عبدا فادعي اباقا اذا ادعي المشتري اباق العبد المشتري وكذبه البايع فالقاضي لا يسمع دعوي المشتري حتي يثبت
وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده سمع دعواه وقال للبايع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت
عند المشتري فان قال نعم رده عليه الا ان يدعي الرضا او الابرا وان انكر وجوده عنده او ادعي اختلاف الحالة قال
القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف انه لم يابق عنده وان
لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة لان القول وان كان قول البايع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر عند قيام العيب
في يد المشتري لان السلامة اصل والعيب عارض ومعرفته انما تكون بالحجة وفيه بحث من وجهين احدهما ان البينة انما تقبل من
المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل فيما اذا ادعي العيب في يد البايع والثاني ان السلامة للذمة عن الدين اصل
والشغل به عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض واي فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعي علي اخر دينا وانكر
المدعي عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويامر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال واجيب عن الاول بان
اقامة هذه البينة من تتمة اقامة البينة علي ان العيب كان عند البايع لعدم تمكنه من تلك الا بهذه فكانت من المدعي بهذا
الاعتبار وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الي احيا حقه لانه ربما لا يكون له بينة
او كانت له بينة لكنه لا يقدر علي اقامتها لموت او غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الي احيا حقه ممكن لان العيب اذا كان مما
يعاين وشاهد امكن اثباته بالتعرف عن اثاره وان لم يعرف بالاثار امكن التعرف عنه بالرجوع الي الاطبا والقوابل واذا ظهر هذا
فاذا اقام المشتري البينة حلف البايع علي البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب
ههنا الجامع الصغير وان شا حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به
هذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعني وبه يتضرر المشتري ولذلك
لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا ولجواز ان يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البايع
عدم وجود العيب في الحالين جميعا فنفي وجوده في احديهما يكون بارا لان الكل ينتفي بانتفاء جزءه وبه يتضرر المشتري وان قال يوهم
تعلقه بالشرطين اشارة الي ان تاويل البايع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه يوهم لذلك بذكره لان شمس الايمة ذكر هذه العبارة في
التحليف وقال الا انه لو النظر للمشتري ينعدم اذا استحلفه بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والاوجه عندي الاول لان
البايع يتيقن العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وعلي هذا فلقايل
ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال الا انه لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وعلله بانه يوهم تعلقه

بالشرطين

م
م
م
لا صح

التحليف

بالشرطين فيتناوله وفي لو انه قال يوهم لان ذلك التاويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التاويل صحيحا كان التاويل به جايزا وهو مناقض
قوله لا يحلف الا اذا احل النفي علي الوجه الاحوط فيستقيم فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف علي فعل الغير انما يكون علي العلم دون
البتات فالجواب ان الاستحلاف علي فعل نفسه في المعني وهو تسليم المعقود سليما كما التزمه وقيل التحليف علي فعل الغير انما يكون
علي العلم اذا ادعي الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعي ان لي علما بذلك فيحلف علي البتات لادعايه العلم بذلك وان لم يجد المشتري
بينة علي قيام العيب عنده واراد تحليف البايع بالله انه ما ابق عند المشتري هل له ذلك او لا قيل له ذلك علي قولهما واختلف المشايخ
علي قول ابي حنيفة وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل الاختلاف في هذه المسئلة لهما ان الدعوي معتبرة
لانه يترتب عليها البينة وكل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف بالاستقرا ولابي حنيفة علي قول من يقول لا تحليف علي
مذهبه ان الحلف يترتب علي دعوي صحيحة ولا تصح الدعوي من خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري ههنا خصما الا بعد قيام
العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها ولا نسلم ان كل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها فان دعوي الوكالة يترتب عليها
البينة دون التحليف والبينة لا يستلزم الدعوي فضلا عن صحتها بل قد يقوم علي ما لا دعوي فيه اصلا كما في الحدود
بخلاف التحليف والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة مقتضيا سابقة الخصم ولا يكون المشتري ههنا خصما الا بعد
اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة ههنا فمشروعة لاثبات كونه خصما فلا يستلزم كونه خصما واذا نكل
عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد علي البتات علي ما تقدم قال المصنف ان كان الدعوي في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ
مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير لا يوجب رده بعد البلوغ لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البايع لانه اذا ابق
في يد المشتري بعد البلوغ وكان قد ابق عند البايع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البايع عن اليمين
تحرزا عن اليمين الكاذبة فيقضي عليه بالرد لنكوله وتضرر به قال ومن اشتري جارية وتقابضا ومن اشتري جارية
وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع فوجد المشتري بها عيبا فاراد البايع تخصيص الثمن علي تقدير الرد فقال بعتك هذه
واخري معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض
لانه اعرف بما قبض كما في الغصب فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت مني غلامين وقال
الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض وكذا اذا اتفقا علي مقدار المبيع واختلفا في المقبوض
في مقداره بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البايع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احديهما فالقول قول
المشتري لما بينا ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا اولي لان كون المبيع شيين
امارة ظاهرة علي ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما قال ومن اشتري عبدين صفقة
واحدة رجل قال لاخر بعتك هذين العبدين بالف درهم فقبل وقبض احدهما وهو سليم ووجد بالاخر عيبا ليس له ان يرد
المعيب خاصة بل ياخذهما او يردهما جميعا لان الصفقة تتم بقبضهما لان تصرف المشتري بالبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام
الصفقة فيقبض بعضه لا تتم لتوقفه علي قبض الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو لا يجوز لما ذكرنا
يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كان لا يتم قبله وهذا اي التفريق في
القبض لا يجوز لان للقبض شبها بالعقد من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض
كالتفريق في العقد ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا قال ولو وجد بالمقبوض
عيبا اختلفوا فيه اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف
يشير اليه ان الاختلاف بين العلما فانه قال ويروي عن ابي يوسف انه يرده خاصة ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض
فلا ينظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فلو حبس المبيع
لاجل الثمن فانه لا يجوز تقبيض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالاخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا
له ان يرده خاصة وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعري عن ضرر اذ العادة جرت بضم
الجيد الي الردي فاشبه ما قبل القبض بجامع دفع الضرر واشبه خيار الروية والشرط ولنا انه اذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة
والتفريق بعده غير ضاير بخلاف خيار الروية والشرط فان الصفقة لا تتم الا بالقبض فيهما علي ما مر في خيار الروية ان الصفقة
لا تتم مع خيار الروية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض علي
السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد وتضرر البايع انما لزم من تدليسه فلا
يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام
وانه لا يجوز وقيل هذا الاختلاف في شيين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يكن كزوجي الخف ومصراعي الباب
فانه يردهما او يمسكهما حتي لو كان المبيع ثورين قد الف احدهما بالاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة قوله ولهذا اي
ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم بعده قبله لو استحق احد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري ان يرد الاخر بل العقد قد لزم
فيه لانه تفريق بعد التمام قال ومن اشتري شيا مما يكال او يوزن تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في سائر الاعيان

يزول

وبعده يجوز في غير المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد او في وعاء على اختيار
المشايخ وقيل اذا كان في وعاء فهو بمنزلة عبدين فيجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البايع
وجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشي واحد اسما وحكما اما الاول فلانه يسمى باسم واحد كالكر والقفيز ونحوهما
واما الثاني فلان المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليس لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعه
وجعل روية بعضها كروية كلها كالثوب الواحد وفي الشي الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الا رد الكل او امساكه
لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البايع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زايد
وليس له ذلك فان قيل لو كان لذلك وجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد ونحو
باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين عن ابي حنيفة ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي ولم يثبت له خيار
الرد فيه لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لان النماء في المالية سواء والانتفاع بالباقي
ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضرر الخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا حيث يرده لان تمييز المعيب
من غير المعيب يوجب زيادة عيب وبخلاف الثوب الواحد فان التبعيض يضره والشركة عيب فيه زايد فلم يبق الا رد
الكل او امساكه قوله والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سوال تقديره انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة
قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد
لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا قلنا في العرف والعلم
اذا اجاز المستحق بعدما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك وهذا اي كون
الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض واما اذا كان قبله فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا
يرشدك الى ان تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء احدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا
وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في ماليته
والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب اجاب المصنف بقوله
وقد كان وقت البيع يعني انه ليس بحادث في يده بل كان في يد البايع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل
والموزون فان التبعيض ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبه لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل
القبض في جميع الصور اعني فيما يكال او يوزن او غيرهما اما العيب فظاهر واما الاستحقاق فلقوله اما اذا كان ذلك
قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وتجد حكمهما بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر
في العبدين ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الاخر وقال في المكيل والموزون ان رده كله او اخذه ومراده بعد القبض ثم قال
ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه المشتري جرح الجارية
المشتراة وركوب الدابة في حاجته عند رضا بالعيب لان ذلك دليل قصد الاستبقاء لان المداواة ازالة العيب وهي
تمنع الرد لان نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فلما كانت دليل قصد الامساك ودليل الشي في الامور الباطنة
يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وكذلك بعيب اخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته
بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري
لها علفا فليس ذلك برضا اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له بد او لا لان في الركوب ضبط الدابة وهو محتاج
لها من حدوث عيب اخر واما للسقي والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا او لعجز
المشي لضعف او كبر او لكون العلف في عدل واحد اما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين او لكون العلف في عدلين وركبها كان
الركوب رضا لان حمله حينئذ ممكن بدون الركوب قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به رجل اشترى عبدا قد سرق
ولم يعلم به المشتري اي وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان يرده ويأخذ الثمن كله وله ان يمسكه ويرجع بنصف
الثمن عند ابي حنيفة وقالا لا يرده بل يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب
كان في يد البايع من القتل العمد او الردة لهما ان الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي المالية الا يرى انه
لو مات تعذر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فكون المالية باقية فينعقد العقد فيه لانه يعتمدها لكنه متعيب
لان مباح اليد او الدم لا يشتريه كالسالم لانه اشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمعيب بالمبيع المتعيب عند تعذر
الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل فظاهر واما في صورة القطع فان الاستيفاء
وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان
كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء ولا وقت القبض فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل
ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البايع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب والوجوب يفضي
الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق لا يتناوله العقد فينتقض القبض
من

من الاصل لعدم مصادفة العقد محله اولانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد فرده
وصار كما اذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا او ردّ على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته
كما لو قتل في يد الغاصب والجواب عن مسألة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابي حنيفة فالمشتري يرجع
على البايع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشتري ولئن سلمنا فنقول ثمه سبب الموت
هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس
بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه وكان بمعنى علة العلة وهي تقوم مقام العلة في
الحكم فمن هذا الوجه صارت المالية كانها مستحقة واما اذا مات في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق
في حكم الاستيفاء دون غيره كمن له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه
القصاص خطأ كان الدية لورثته دون من له القصاص قال ولو سرق في يد البايع ثم في يد المشتري اذا كان العبد
المبيع سرق في يد البايع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه وعند ابي حنيفة لا يرده
الا برضا البايع للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من ان يقبله البايع لذلك وان لا يقبل فان لم يقبل
يرجع المشتري على البايع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلاثة ارباع
الثمن لان اليد نصف الآدمي وتلفت بالجنايتين وفي احديهما الرجوع على البايع فينقسم النصف عليهما نصفين
والنصف الآخر يرجع فيه على البايع لرده العبد عليه فان قيل اذا احدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند
البايع فقبله البايع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن على ما لم يكن ههنا اجيب بان هذا على قول ابي حنيفة نظرا الى
جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل اما تذكرون ما تقدم من ان حكم العيب والاستحقاق يستويان
قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف ههنا قلنا بل لكن ليس كلامنا الا في انهما يكونان بمنزلة
الاستحقاق والعيب وما ينزل منزلة الشي لا يلزم ان يثبت به جميع الاحكام يعني يكون شبيها بين ما نحن فيه والاستحقاق في
كون العقد غير متناول لينتقض القبض من الاصل ليلزم ما ذكر قال ولو تداولته الايدي تعقد وجود السرقة من
العبد في يد البايع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع اليد في يد الاخير ترجع الباعة وهو جميع البائعين كما كان في
جميع حالتك بعضهم على بعض عند ابي حنيفة كما في الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع
بايعه على بايعه كما في العيب لانه بمنزلته وهذا لان المشتري الاخير لم يخرج حيث لم يبعه ولا كذلك الاخرون فان البيع
يمنع الرجوع بنقصان العيب لما تقدم قوله وقوله في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما
لان هذا الجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قول ابي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق
والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة انه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق
ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالمعيب قلنا
لا يرجع عند العلم بشي لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه قال
شمس الايمة اذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي اصح الروايتين عن ابي حنيفة يرجع بالثمن ايضا اذا قتل عنده لان
هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح ان الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق
لا يمنع الرجوع فيه نظر لانا سلمنا ان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم ان العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا
عيبه لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه اجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لا حقيقته لان في حقيقته يبطل البيع
والجواب ان كونها اصح او صحيحا يجوز ان يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السوال ويجوز ان يكون من حيث
الدليل وكونه قوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا بانه بمنزلة العيب او انه عيب من وجه واذا كان كذلك فلا يلزم
ان يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلايل المتقدمة فاجرينا مجراه قال ومن
باع عبدا وشرط البراءة البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح سمى العيوب وعددها او لا علمه البايع او لم يعلمه وقف
عليه المشتري او لم يقف اشار اليه او لا موجودا كان عند العقد والقبض او حدث بعد العقد قبل القبض عند
ابي حنيفة وابي يوسف في رواية وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن ابي يوسف وقول زفر والشافعي
ومالك وقال زفر اذا كان مجهولا لا يصح البيع ويفسد الشرط وقال الشافعي لا يصح البراءة عن كل عيب ما لم يقل عن عيب
كذا او عن عيب كذا وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب بالتسمية ما لم يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة
بينه وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانيقي فقال له ابو حنيفة رحمه الله ارايت لو باع جارية في المأتي منها عيب
اكان يجب على البايع ان يري المشتري ذلك الموضع منها ارايت لو ان بعض حرم امير المومنين باع عبدا في راسه ذكره
برص اكان يلزمه ان يري المشتري ذلك الموضع وما زال حتى الحجه وضحك الخليفة مما صنع به وان ابن ابي ليلى يقول اذا
باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفي قول اخر له البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه ان الا براء

[Margin notes, left page:]
فان لم يقبل
ويرجع بجميع الثمن بان قال لهم جميعا سواء كان عالما بذلك او جاهلا قبل القبض او بعده وههنا لا يبطل البيع
من كل عيب

عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في الابرا معنى التمليك ولهذا لو ابرا المديون عن دينه فرد ابراه لا يصح الابرا وتمليك المجهول لا يصح ولنا
ان الابرا اسقاط لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الابرا بها سقطت عنك ديني ولانه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم
بدونه والاسقاط لا يفضي الجهالة منه الى المنازعة لان الجهالة انما ابطلت التمليكات لفوات التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور
في الاسقاط فلا يكون مبطلا له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم قوله وان كان في ضمنه التمليك اشارة
الى الجواب عن قول ... تقريره ان ذلك لما فيه من معنى التمليك ضمنا وهو لا يوثر فيه كما قلنا لان ابيت ان محض التمليك لا
يبطل بالجهالة لانها لا توجب فوات التسليم كما اذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التمليك والمسقط متلاش لا يحتاج
الى التسليم اولى قوله محمد ان البراءة تتناول الثابت حالة الابرا لان ما يحدث مجهول لا يعلم ايحدث ام لا واي مقدار
يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وابو يوسف يقول الغرض من الابرا التزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة
السلامة ... العقد على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبرائة عن الموجود والحادث فان قيل لو نص في الحادث فقال
بعتك بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة
قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في ... انه يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد ولكن الفرق بان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب
الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا لما لا يحتمل ... او الجواب عن قولنا ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع
في الاسقاط كما تقدم قوله ويدخل في هذه البراءة احتراز عما لو قال بعت هذا العبد على اني بري من كل عيب به فانه لا يبرا
عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود

باب البيع الفاسد

غير محتاج الى تبيينه ولقب الباب بالفاسد وان كان ... مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه والباطل ما
ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا وكل ما اورث خللا في ركن البيع فهو مبطل وما اورثه في غيره كالتسليم
والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه والاطلاق عن شرط لا يقتضيه العقد وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تعقل المسائل
المذكورة في الكتاب فنقول البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف انفه والدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال
لان هذه الاشيا لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوي وانما قيد بقوله لغة ليخرج المخنوقة وامثالها فان ذلك عندهم
بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس وان كانت ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف
انفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد باسم الاستغراق على عمومه في
بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهو مبادلة المال بالمال فانه اي المذكور من الخمر والخنزير
مال متقوم عند بعض اهل الكفر وانما اولنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل تقومها في حق
المسلمين لئلا يتمولوها كما ابطل قيمة الجودة بانفرادها في المكيل والموزون ولو اراد بقوله عند البعض المسلمين لم يحتج الى تاويل لكنه
خلاف الظاهر قوله والباطل لا يفيد ملك التصرف كانه اشارة الى الفرق بين الفاسد والباطل فالباطل لا يفيد ملك التصرف
وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون
امانة عند بعض المشايخ ابي نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة نص على ذلك في السير الكبير نقله ابو المعين
في شرح الجامع الكبير لان العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض باذن المالك فيكون امانة وعند بعض اخر شمس الائمة
السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد انه يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشرا والوجود ... لا
ههنا دون المقبوض على سوم الشرا وفيه القيمة فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشرا وهو ان يسمي الثمن فيقول اذهب
بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة اما اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث في العيون
قيل وعليه الفتوى وقال محمد بن سلمة البلخي الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان
شا الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اي اذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات واما
اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البايع ذكر في الماذون انه لا يملكه قالوا وذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيا لا يملكه
البايع بالقبض كالخمر والخنزير واما اذا كان شيا يملكه فقبض المثمن منه يكون اذنا بالقبض فان قيل لو افاد ذلك الملك لجاز
للمشتري وطي جارية اشتراها شرا فاسدا ولجاز اخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة شرا فاسدا ولحل اكل طعام اشتراه
كذلك لان الملك مطلق لذلك اجيب بان ذلك فالجواب انه لم يحل وطيها واكله ولم يثبت الشفعة فيما ذكرت لان في ذلك الاشتغال بالوطي
والاكل اعراضا عن الرد في القضا بالشفعة تقرير الفساد وتاكيده ولا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في مبنى جواز
التصرف للمشتري في المشترى بشرا فاسد فذهب العراقيون الى انه مبني على تسليط البايع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا
بالمسايل المذكورة وقالوا هو ملك العين لملك الامور المذكورة ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ الى ان جواز التصرف بنا على ملك العين
واستدلوا على ما اذا اشترى دارا بشرا فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار فللمشتري ان ياخذها بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية
بشرا فاسد وقبضها ثم ردها على البايع وجب عليه الاستبرا ولو باع الاب او الوصي عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشتري
ثم اعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقها او تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين

ولجابوا

واجابوا عن المسايل المذكورة بما ذكرنا قيل وهو الاصح واذا كان مفيدا للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد المشتري
فيه اي في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في اول الفصل الذي يلي هذا الباب قوله وكذا بيع الميتة يعني
كما ان البيع بهذه الاشيا باطل فكذا بيع هذه الاشيا لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو اما
ان يكون بالدين كالدراهم والدنانير او بالعين فان كان الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع
فاسد يفيد ملك الخمر ويفيد ملك ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال فكذا الخنزير عند اهل الذمة
الا انه غير متقوم اي غير معزوز متغالى قيمة لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وما امر الشرع بترك اعزازه لا يكون معزوزا اصلا
يكون متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا اي بجعله مبيعا اعزازا له وهو خلاف المامور به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه
متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصوده لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وان المقصود الخمر ففي جعله كذلك
خلاف المامور به فسقط التقوم اصلا لئلا يفضي الى خلاف المامور به وحينئذ يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب
بالخمر لان مشتري الثوب بجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذلك لنفسها بل
لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما امر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر
بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول البا لكونه مقابلة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا
ومثمنا فلما كان في الخمر جهة التثمين رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان قال
وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي باطل وانما فسره بذلك كيلا يتوهم انه يفيد
الملك باتصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الى اخره وتحقيقه ان بين استحقاق
العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها فينتفي الاخر
لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق
وانتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين
ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذا سبب الحرية والبيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية
ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان اما غير ثابت مطلقا او ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ
المكلف العاقل البالغ والاعمال اولى وكذا الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت
احتجنا الى بقا الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتاخر الحكم الى ما بعد الموت
وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكون استحقاق اليد اللازمة في حق المولى
ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الاخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته
على فسخها بتعجيز نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلا لكان كبيع الحر وحينئذ يبطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم
الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتدا وبقا لعدم محليته للبيع اصلا لثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلا باطل
بقا لحق الحرية لا ابتدا لعدم حقيقتها والفرق بينهما ظاهر ولهذا جاز بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من انفسهم ولو قضى القاضي
بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتدا لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته
من الثمن والبيع بحصته ابتدا جائز بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتدا وانه باطل على ما يجي فان
ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان الاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز
البيع وروي في النوادر انه لا يجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتقييد المار بالتدبير وفي المطلق خلاف
الشافعي وقد تقدم فيه وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه
قيمتهما وهو رواية عن ابي حنيفة وهذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر روى المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة
المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب واما في حق ام الولد فاتفقت الروايتان عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه لا
تقوم لماليتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلي ان ضمان البيع وان اشبه
ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما ثبت بعد الاعتبار
فاذا لم يكن محلا للبيع اندرست هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه اي كل واحد من المدبر وام
الولد بد خلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما مر انفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة
على سوم الشرا فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله
بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول
في العقد وملك المضموم ولابي حنيفة ان جهة البيع انما يوجب الضمان في الاموال لانها تحقيقه في محل يقبل الحقيقة
وهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تعتبر الجهة فيهما فصار كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة قوله
وليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة البيع لدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان

عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في الابراء معنى التمليك ولهذا لو ابرا المديون عن دينه فرد ابراءه لا يصح الابراء وتمليك المجهول لا يصح ولنا
ان الابراء اسقاط لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الابراء بسقطت عنك ديني ولانه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم
بدونه والاسقاط لا تفضي الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما ابطلت التمليكات لفوات التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور
في الاسقاط فلا يكون مبطلا له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم قوله وان كان في ضمنه التمليك اشارة
الى الجواب عن قول زفر بالرد وتقريره ان ذلك انما فيه من معنى التمليك ضمنا وهو لا يؤثر في فساد ما قلنا لانا بينا ان محض التمليك لا
يبطل بالجهالة لعدم فوات التسليم كما اذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التمليك والمسقط متلاش لا يحتاج
الى التسليم اولى قوله لمحمد ان البراءة تتناول الثابت حالة الابراء لان ما يحدث مجهول [struck] لا يعلم ايحدث ام لا واي مقدار
يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وابو يوسف يقول الغرض من الابراء التزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة
السلامة [struck] ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالابراء عن الموجود والحادث فان قيل لو نص في الحادث فقال
بعت بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة
قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد ولئن كان فالفرق بان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب
الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا ما لا يدخل [struck] او الجواب عن قوله ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع
في الاسقاط كما تقدم قوله ويدخل في هذه البراءة احترازا عما لو قال بعت هذا العبد على اني بريء من كل عيب به فانه لا يبرأ
عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود

باب البيع الفاسد

غير محتاج الى تنبيه ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه والباطل ما
لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا وكل ما اورث خللا في ركن البيع فهو مبطل وما اورثه في غيره كالتسليم
والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه والاطلاق عن شرط لا يقتضيه العقد وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تعقل المسائل
المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغو وهو الذي مات حتف انفه والدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال
لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوي وانما قيد بقوله حتف انفه ليخرج المخنوقة وامثالها فان ذلك عندهم
بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف
انفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد باطلا لاستغراقه على عمومه في
بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهو مبادلة المال بالمال فانه اي المذكور من الخمر والخنزير
مال متقوم عند بعض اهل الكفر وانما قيدنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل تقومها في حق
المسلمين لئلا يتمولوها كما ابطل قيمة الجودة بانفرادها في المكيل والموزون ولو اراد بقوله عند البعض المسلمين لم يحتج الى تاويل لكنه
خلاف الظاهر قوله والباطل لا يفيد ملك التصرف كانه اشارة الى الفرق بين الفاسد والباطل فالباطل لا يفيد ملك التصرف
وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون
امانة عند بعض المشايخ اي ابي نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة نص على ذلك في السير الكبير نقله ابو المعين
في شرح الجامع الكبير لان العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض باذن المالك فيكون امانة وعند بعض اي شمس الائمة
السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد انه يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء
ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشراء وهو ان يسمي الثمن فيقول اذهب
بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة اما اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث في العيون
قيل وعليه الفتوى وقال محمد بن سلمة البلخي الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان
شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اي اذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات واما
اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البايع ذكر في المأذون انه لا يملكه قالوا وذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه
البايع بالقبض كالخمر والخنزير واما اذا كان شيئا يملكه فقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض فان قيل لو افاد ذلك الملك لجاز
للمشتري وطء جارية اشتراها شراء فاسدا ولجاز اخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة شراء فاسدا ولحل اكل طعام اشتراه
كذلك لان الملك مطلق لذلك فالجواب انه انما لم يحل وطؤها واكله ولم يثبت الشفعة فيما ذكرتم لان في الاشتغال بالوطء
والاكل اعراضا عن الرد وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتاكيده ولا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في مبنى جواز
التصرف للمشتري في المشترى بشراء فاسد فذهب العراقيون الى انه مبني على تسليط البايع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا
بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك العين لملك الامور المذكورة ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين
واستدلوا على ما اذا استرد دارا اشتراها شراء فاسدا وقبضها فبيع بجنبها دار فللمشتري ان ياخذها بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية
بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البايع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب او الوصي عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشتري
ثم اعتقه جاز عتقه ولو كان اعتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما او تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين

ولجابوا

والجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قيل وهو الاصح واذا كان يفيد الملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد المشتري
فيه اي في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في اول الفصل الذي يلي هذا الباب قوله وكذا بيع الميتة يعني
كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو اما
ان يكون بالدين كالدراهم والدنانير او بالعين فان كان الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع
فاسد يفيد ملك الخمر ويفيد ملك ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال فكذا الخنزير عند اهل الذمة
الا انه غير متقوم اي غير معزوز ومتقابلة قيمة لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وما امر الشرع بترك اعزازه لا يكون معززا اصلا
يكون متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا اي بجعله مبيعا اعزاز له وهو خلاف المامور به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه
متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك
خلاف المامور به فسقط التقوم اصلا لئلا يفضي الى خلاف المامور به وحينئذ يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب
بالخمر لان مشتري الثوب بجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل
لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما امر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر
بالثوب يكون البيع فاسدا او انه وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول الباء لكونه متقابضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا
ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف على البطلان بقدر الامكان قال
وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي باطل وانما فسره بذلك كيلا يتوهم انه يفيد
الملك باتصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت لكل واحد وتحقيقه ان بين استحقاق
العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها فينتفي الاخر
لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها لانه لو ثبت لكان متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق
وانتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا اذ المجاز مراد بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين
ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذا سبب الحرية والبيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية
ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان اما غير ثابت مطلقا او ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ
المتكلم العاقل البالغ والاعمال اولى وكذا الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت
احتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتاخر الحكم الى ما بعد الموت
وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكون استحقاق اليد اللازمة في حق المولى
ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الاخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته
على فسخها بتعجيز نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ يبطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم
الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محله للبيع اصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل
بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما ظاهر ولهذا جاز بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من انفسهم ولو قضى القاضي
بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محالا في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصة
من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحر فانه لم يدخل لعدم المحلية فلزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل على ما يجيء
ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان الاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه برضاه انفسخ الكتابة وجاز
البيع وروي في النوادر انه لا يجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار بالتدبير وفي المطلق خلاف
الشافعي وقد تقدم فيه وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه
قيمتهما وهو رواية عن ابي حنيفة وهذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر روى المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة
المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه
لا تقوم لماليتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع وان اشبه
ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار
فاذا لم يكن محلا للبيع اعتبرت هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه اي كل واحد من المدبر وام
الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما مر انفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة
على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله
بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول
في العقد وتملك المضموم ولابي حنيفة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الحاقا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة
وهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تعتبر الجهة بهما فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة قوله
وليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة البيع لدخول لا تنحصر في نفس الداخل بجواز ان

يكون عائداً الى غيره كثبوت حكم البيع فيما يضم اليها وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبده مع عبد المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذا
هذا قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لان السمك قبل الاصطياد بيع ما لا يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم القاه في الحظيرة
فلا يخلو اما ان تكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم
واذا سلمها الى المشتري فعليه خيار الرؤية وان راها في الماء لان السمك يتفاوت في الماء وخارج الماء فصار كانه اشترى ما لم يره
قوله الا اذا اجتمعت استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها
ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى من المحوز الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه
ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها اما بمجرد الاجتماع فلا يملكه فلا كما لو باض الطير في ارضه
او فرخ فانه لا يملكه لعدم الاحراز ولا يشكل بما اذا عسل النحل في ارضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير ان
يحرزه او هيأ له موضعا لان العسل اذ ذاك قائم بارضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها
والسمك المجتمع بنفسه فانها ليست فيها على وجه القرار قال ولا بيع الطير في الهواء بيع الطير على ثلاثة اوجه الاول
بيعه في الهواء قبل ان يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده وهو ايضا لا يجوز
لانه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمام وهو ايضا لا يجوز في الظاهر وذكر في فتاوى قاضي خان
وان باع طيرا له في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا ولا يجوز بيع الحمل
اي الجنين ولا النتاج الحمل وهو حبل الحبلة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة والنتاج في الاصل مصدر
نتجت الناقة بالضم ولكن اريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبلى فسمي به المحمول كما سمي بالحمل
وانما دخلت عليه التاء اشعارا بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية
يعتادون ذلك فابطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان فيه غررا او بيع ما هو عنك عدمه قال في المغرب في الحديث نهى عن بيع
الغرر وهو الخطر الذي لا يدري ايكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهوى قال ولا اللبن في الضرع للغرر
قال بيع اللبن لا يجوز في الضرع لوجوه ثلاثة للغرر لجواز ان لا يكون الضرع منتفخا بطن لبنا والغرر منهي عنه وللتنازع
في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بان يترك داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع
لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بغيره بالبيع بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه
مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لانه من اوصاف الحيوان لان ما هو متصل بالحيوان فهو وصف
محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو
مبطل كما مر فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها اجيب بانها تزيد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا
في اعلاها وتركت اياما ما بقي تحت الخيط اسفلها فهو راس ماله الاول والاعلى ملك المشتري وما وقع من الزيادة فهو في ملكه اما
الصوف فانه ينمو من اسفله فاذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك اياما فالمخضوب يبقى على راسه لا في اصله
فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه اجاب بان القصيل وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه
من حيث القلع فيقلع واما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يعهد فيه القلع اي النتف فبعد ذلك يقع التنازع
~~من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع واما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يعهد فيه القطع اي النتف~~
فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن
لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم قال وجذع
في سقف اذا باع جذعا في سقف او ذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعيض كالقميص والكرباس فالبيع لا يجوز
ذكر القطع اولا لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة
بخلاف ما لم يكن في التبعيض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء العلة ولو لم
يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري عاد البيع
صحيحا لزوال المفسد وهو الضرر ولو باع النوى في التمر او البزر في البطيخ لا يصح وان سماها ولا يصح المبيع لان في وجودهما
احتمالا اي هو شيء معيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة في سنبلها وامثاله بيع ما في وجوده احتمال فانه
شيء معيب في غلافه وهو جائز اجيب بان جوازه باعتبار صحة انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة
اذا ابيعت في سنبلها فانما يقال ابيعت هذه الحنطة فالمذكورة صريحا هو المعقود عليه فصح العقد اعمالا للتصحيح لفظه واما
بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا يطلق عليه اذ لا يقال لهذا بزر ونوى
وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور ليس بمعقود عليه قوله مرتبة تخصيص العلة واضح
وطريق من لا يرى ذلك عرف في اصول الفقه قوله اما الجذع عين موجود اشارة الى الفرق بين البزر والنوى والجذع

المعين

المعين في السقف فان الجذع معين موجود اذ الفرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة
قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وكذا
بيع لحم الشاة والكارع اجيب بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز عن
التسليم هناك معنى اصليا لانه اعتبر عاجزا لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد واما الجذع فانه عين مال في نفسه
وانما يجب الانفصال بينه وبين غيره لعارض فعل العباد والعجز عن التسليم لما فيه من افساد ما غير مستحق بالعقد فاذا
قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ويجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم قال وضربة القانص
الصائد يقال قنص اذا اصطاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها عليه
ومنه نهى عن ضربة القانص وفي تهذيب الازهري نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلي وهو ان يقول للتاجر
اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو انه مجهول وانه فيه غرر الا انه يجوز ان لا يدخل الشبكة
شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيئا قال وبيع المزابنة الرفع فيه والجر والرفع في نعتم جائز والمزابنة
وهو بيع الثمر بالثاء المثلثة على النخيل بتمر بالتاء المثناة مثل كيلها على النخل من التمر خرصا او ظنا لا حقيقيا لانه لو كان مثله
كيلا حقيقيا كم يبقى ما على الراس ثمرا بل تمر المجذوذ له كالذي يقابل من المجذوذ ولا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
المزابنة والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه
شبهة الربا الملحقة بالحقيقة في التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض وباع احدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب
على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وفي قول ان استدل بان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بان يباع التمر الذي على راس النخل بتمر فيما دون خمسة اوسق في ان التمر
في قوله بخرصها على انه جمع التمرة وقلنا القول بالموجب وهو ان نقول سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا
فان في الاحاديث الدالة على ذلك كثرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقته معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتاويلها
ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه
خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وبه نقول
لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة وسمي بيعا
مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان
الرخصة مقصورة على هذا المقدار فما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا فهذا يدل على ان المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني انه جاء في حديث
جابر رضي الله عنه بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء ~~الا العرايا والاصل حمل الاستثناء~~ على الحقيقة والاستثناء
من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الاول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وعن الثاني
انه على ذلك التقدير ينافي قوله صلى الله عليه وسلم المشهور التمر بالتمر مثل بمثل والمشهور قاض عليه قال ولا يجوز البيع
بالقاء الحجر سام البائع السلعة اي عرضها وذكر ثمنها وساومها المشتري يعني استامها بيع الملامسة هو ان يتساوم الرجلان في السلعة
فيلمسها المشتري بيده فيكون ذلك بيعا اي ابتياعا لها رضي المالك بذلك او لم يرض وبيع المنابذة هو ان ينبذ اي يطرح
الرجلان على السلعة فيجب ما يكون الزام البيع وهو له عليها اياها فينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء
الحجر هو ان يتساوم الرجلان على السلعة فاذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها
ارتجاع فيها وهذه كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها النبي صلى الله عليه وسلم وعبارة الكتاب تشير الى ان المنهي عنه بيع
الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بها لانه في معناها ولان فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا تحتمله لادائه الى معنى القمار
لانه بمنزلة ان يقول البائع للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته واي ثوب لمسته بيدي فقد بعته واي ثوب نبذته اليك
فقد بعته بكذا ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يقول على انك بالخيار ان تاخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا
وقد تقدم الكلام فيه قال ولا يجوز بيع المراعي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلأ وهو ما ليس له ساق من الحشيش
كذا روي عن محمد وقيل ما له ساق وما ليس له ساق فهو كلأ وانما فسر المراعي بذلك لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض
وعلى الكلأ وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك لتوهم ان بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الارض واجارتها
جائز سواء كان فيها كلأ او لم يكن واما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز فانه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه
وسلم الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى الشركة فيها ان لهم الانتفاع بضوئها والا
صطلاء بها والشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة والاحتشاش من الاراضي المملوكة
ويمكنه ان يمنع من الدخول الى ارضه فان منع كان لغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني الى حقي او تحشه فتدفعه
الي او تدعني احشه كثوب لرجل وقع في دار رجل ان عهدا اذا نبت ظاهرا واما اذا انبته صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية

ذكره في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد ان ياخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة
في الكلا ثابتة بالنص وانما ينقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلا فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه واما الثاني
عدم جواز الاجارة فلمعنيين احدهما وقوع الاجارة على عين غير مملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين علم مباح وانعقادها
على استهلاك عين مملوكة بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح اولى وذلك لان المستحق
بعقد الاجارة هو الاجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كما في الصبغ في استيجار
الصباغ واللبن في استيجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظئورة ولم يذكر ان اجارة الكلا وقعت فاسدة او باطلة وذكر في
الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها قال ـــــــ ولا يجوز بيع النحل قال ابو حنيفة
وابو يوسف لا يجوز بيع النحل وقال محمد يجوز اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة
باستيفاء ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير ماكول اللحم لا ينافيه كالبغل
والحمار ولهما انه من الهوام وهي المخوفة من الاحناس لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير ارايت ان وجد كما يجيء تكم سودها
وفيه اشارة الى ان النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها قوله والانتفاع بما يخرج عنه جواب عن قوله فهو ان منتفع به يعني لا
نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال قيل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والجحش
فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال باعيانهما وفيه بعد لان وجهها بقوله بما يخرج منه واذا كان الانتفاع
بما يخرج مقيل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بان باع كوارة بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل اذا سوي
من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر واما اذا باع
العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع والا لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكي
عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق البيع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل
ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف قال ولا يجوز بيع دود القز وهو دود القز وبيضه
وهو البزر الذي منه يكون الدود لا يجوز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع بعينه بل بما سيحدث منه وهو معدوم
في الحال وعند محمد جاز لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة في بيعه قيل وعليه الفتوى واجاز ابو يوسف بيع دود القز اذا ظهر منه
القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة ونقل عنه انه مع ابي حنيفة كما في دوده وهذه العبارة
تشير الى ان ابا حنيفة انما لم يجوز بيعه بانفراده اما اذا كان تبعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع
لانه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء وانما ذكرها هنا اتباعا لما ذكر الصدر الشهيد في
شرح الجامع الصغير لانه وصفه ثمة قال ـــــــ ولا يجوز بيع الابق يعني الابق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الاصل بقوله بلغنا
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وبيع العبد الابق ولانه غير مقدور التسليم والابق الذي لا يكون
مطلقا وهو الذي لا يكون ابقا في حق احد المتعاقدين فقد جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم انه عنده لان المنهي عنه بيع المطلق
منه وهذا غير ابق في حق المشتري فينتفي العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا عقيب الشراء لا اتفاق وان
قبضه للرد فان اشهد على ذلك اولا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه امانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من
مال المولى وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع لان قبض الضمان اقوى لتاكده بالزوم والملك اما اللزوم فلان المشتري لو امتنع
عن قبض المبيع اجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة واما الملك فلان القبض يثبت الملك من الجانبين على ما هو
الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول ابي حنيفة ومحمد وذكر الامام
التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضا كانه اشارة الى انه يلزم ابا يوسف القول بكونه
قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لكونه ابقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم
اذ البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الابق ثم عاد من الاباق قيل يتم ذلك العقد او يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية
وبه اخذ مشايخ بلخ ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا لما لم يجز المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد
فانعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم اخذه وسلم في المجلس وعورض بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب بان
الاعتاق ابطال الملك وهو يلائم التوى بالاباق بخلاف البيع فانه اثباته والتوى ينافيه وروي عن ابي حنيفة ان العقد يتم اذا لم
يفسخه البائع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول
بالاباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضي وانتفى المانع فيجوز فصار كما اذا ابق
بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا واما اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز
البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد قال ـــــــ ولا بيع لبن امراة في قدح قيد بقوله في
قدح لدفع ما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كما في الالبان المجموع اما وهو في القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي
بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر احترازا عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الادمي

لان

لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية وجزء الادمي ليس بمال لان الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض
بانه لو كان جزء الادمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية اجزاء الادمي اجيب بانا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون
ما ينتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اندمل ولم يبق له اثر يسقط به الضمان وكذا السمن اذا ثبتت في بدنه ولم يبق اثر ولان الادمي بجميع اجزائه
مكرم بجوز ان يكون دليلا اخر وتقريره ان الادمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا
مصون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع
على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز وبيانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه
الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو اي المحل هو الحي ومعناه
انهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد فيما ضد ان ولا اذ لا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب
عن قوله مشروب طاهر ان المراد به كونه مشروبا مطلقا او في حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني
مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتغذون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالميتة
تكون غذاء عند الضرورة وهي ليست بمال يجوز بيعه قال ـــــــ ولا يجوز بيع شعر الخنزير بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه
نجس العين فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه الاجماع ولانه نجس العين ونجس العين لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع
للخرز للضرورة لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة
الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال ابو الليث ان كانت الا
ساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء افسده عند ابي يوسف لان
الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع في الماء غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان
الاطلاق الانتفاع به دليل طهارته وقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول ابي يوسف حيث اخر
قيل هذا اذا كان منتوفا واما المجزوز فطاهر كذا في التمرتاشي وقاضيخان قال ـــــــ ولا يجوز بيع شعر
الانسان بيع شعر الادميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي ان النبي صلى
الله عليه وسلم حين حلق راسه قسم شعره بين اصحابه وكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل اذ النجس لا يتبرك به
وجه الظاهر ان الادمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا وفي البيع والانتفاع ذلك
ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من توصل الشعر والمستوصلة من يفعل
بها ذلك فان قيل جعل المصنف بيع شعر الخنزير اعزازا في تعليل وجعل بيع شعر الادمي اهانة له والبيع حقيقة
واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا لامرين متنافيين اجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره
الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره الشرع اعزاز له فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه
فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو
من وصف المحل شرعا ثم ان عدم جوازهما ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الادمي لا ينجس بالموت ابانه وشعره
وهو طاهر اولى ولان في تناول الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي بنجاسته لحرمة الانتفاع به وهو محجوج
بالضرورة ولا باس باتخاذ القرامل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء اي في اصول شعرهن بالتكثير وفي
دامهن بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به لنجاسته قال النبي صلى الله عليه وسلم
لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روي عن الخليل وقد مر في كتاب الصلاة فان قيل هو
نجاسته مجاورة باتصال الرطوبات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فما لم يزل بالدباغ فهو
كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله لا تنتفعوا نهي وهي تقتضي المشروعية فمن اين الاجواز فالجواب
انه نهي عن الافعال الحسية وهي تعتمد التصور لا المشروعية ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به لان
تاثيره في ازالة الرطوبات كالذكاة والجلد يطهر به فيطهر بالدباغ ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها
وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة والفيل كالخنزير
نجس العين عند محمد اعتبارا بحرمة اللحم وغيرها قال لا يقع عليه الذكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع
يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع قالوا بيع عظمه انما
يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كان فهو نجس لا يجوز بيعه قال ـــــــ واذا كان السفل لرجل وعلوه لاخر اذا كان
السفل لرجل وعلوه لاخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان
احرازه والمال هو المحل للبيع فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا لم يكن له شرب
فينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار
مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف فان من سقى ارضه بشرب غيره يضمن ولانه حظ من الثمن ذكر في كتاب

الشرب قال في شاهدين شهد احدهما بشرا ارض بشربها بالف والاخر بشرائها بالف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن
الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب وان لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه
معها تبعا لزوال الجهالة باعتبار التبعية قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع رقبة الطريق وهبته جائز لكونه معلوما بطوله
وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو شيء محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث
هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء والتقييد الاول لاخراج بيع رقبته
من حيث انه نهر فانه ارض مملوكة جاز بيعه ذكره شمس الايمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده
وموضعه فانه جائز ايضا ذكره قاضي خان وهذا احد محتمل المسئلة وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة الارض جائز في
رواية ابن سماعة وجعل في القسمة بحق المرور قسطا من الثمن حيث قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل اخر ليس له منها من القسمة
ومنزل الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له في غير الطريق فاذا باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل
ثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر ثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الثمن واحد وقسمة الطريق يكون على عدد الرؤس
لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو يدل على جواز البيع وفي رواية
الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه ابو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو
حق المسيل لا يجوز وهذا احد محتمليها الاخر واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر انفا
وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز واما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما
ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم واما بالبيان او التقدير كما مر وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون على السطح
او الارض والاول حق التعلي وهو ليس بمال ولا متعلق به كونه مجهولا لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته والثاني مجهول
فعاد الى الفرق بالمحتمل الاول وهذه الرواية اعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور يلجي الى الفرق بينه وبين التعلي
والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعلي تعلق بعين لا يبقى وهو البناء فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور
فيتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان والبيع يرد عليها وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال او
حق يتعلق بها وفيه نظر لان السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى وهو مال ولا يجوز بيعه قال ومن باع جارية فاذا هو غلام
اعلم ان الذكر والانثى قد يكونان جنسين لتحقق التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحدا لقلته فالغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة
خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت وكالاستفراش والاستيلاد والاول لم يصلح لها الغلام بالكلية والكبش
والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوان الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى في ذلك سواء فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت
الاغراض دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما لفحش التفاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذار
وهي قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارا جنسان مختلفين على ما قال المشايخ في الجامع الصغير واذا
عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع وذكر تسميته فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبني ادم فالعقد يتعلق
بالمسمى ويبطل بانعدامه واذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة
فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفه بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان صفة والابلغ في التعريف اقوى وان
كان مما يكون جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لا للتسمية لان ما سمى وجد
في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح ويتخير لفقد الوصف واذا باع كبشا فاذا هو نعجة انعقد
البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه فانه اذا اخرج عن كونه معرفا جعل كالعيب حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه
خباز فاذا هو كاتب وهو بالخيار وقد تشير كلام المصنف الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه انقص لان
الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي وفخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد
ان الموجود ان كان انقص من المشروط الفايت كان له الخيار وان كان زايدا فلا خيار للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره والكل
منها وجه وقيل اما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خباز فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضى واما الثاني فلما تقدم ان
المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة تخير وان وجد احد عشر فهو له بلا خيار قال ومن اشترى جارية بالف درهم
ممن اشترى شيئا بالف درهم حالة او نسيئة فقبضه ثم باعه من البايع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلافا للشافعي فهو يقول
الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البايع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن الاول
او بالعرض وقيمته اقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من اوجه اما ان يكون من المشتري بلا واسطة او بواسطة شخص
اخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقا اعني سواء اشترى بالثمن الاول او بانقص او باكثر او بالعرض والاول اما ان يكون بالاقل او بغيره و
والثاني باق معه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فان الشافعي جوزه قياسا على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البايع فانه
جائز ايضا بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول اما الاول فما قال احمد حدثنا ابو حنيفة يرفعه الى عايشة رضي الله عنها ان امرأة
سالتها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عايشة
رضي

رضي الله عنها بئسما شريت وبئسما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده مع النبي صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فاتاها
زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد
بطلان الحج والجهاد مع الرسول وابطال الافعال لا تعلم بالراي فكان مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازى
بذلك فكان فاسدا واعتذار زيد اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان في المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضا وما كان احدهم
يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز ان يقال الحاق الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو اجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبها جواز
البيع الى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون لذلك ولانها كرهت العقد الثاني حيث قالت بئسما شريت مع ان البيع
عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتفرق
في البيع قبل قبضه اجيب بان تلاوتها اية الربوا دليل على انه للربوا لعدم القبض فان قيل الوعيد فذا لا يستلزم الفساد كما في تفريق
الولد عن الوالدة بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد فكان الوعيد ليس للبيع بل للتفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد
لاحقا واما الثاني فهو ما قال ان الثمن لم يدخل في ضمان البايع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي
له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربوا فلا يجوز بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبايع وبخلاف ما اذا اشتراه البايع بواسطة
مشتر اخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشتراه بالثمن الاول
لانتفاء الربوا وبخلاف ما اذا اشتراه باكثر فان الربح هناك يحصل للمشتري والربح قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض
لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البايع باقل من الثمن الاول لان النقصان
يجعل في مقابلة الجزء الفايت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياسا
وهو قول زفر لان ربوا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد
فيثبت فيه شبهة الربح قال ومن اشترى جارية بخمسمائة هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل
مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البايع وبيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي
لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وقد تقدم فساده وهو نقض ما اذا باعها بالف وخمسمائة فان البيع فاسد
ذكره العلامة في الايضاح الاتقان ان شمس الايمة وفخر الاسلام ولو كان بالف في المسئلة الموضوعة في الكتاب لما ذكر ثم ان فساد البيع
ان عند القسمة يصيب كل واحد منهما اكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الاصل المذكور واجيب بان الالف للعقد جهات الجواز وبيانه
انا لو جعلنا بازاء ما باعها الفا وان جعلنا الفا وجبة جاز وعلى هذا وليس البعض بالحمل عليه اولى من بعض فامتنع الجواز وفيه نظر
لان اضافة الالف للتعدد جهات الجواز شبه الالف في الوضع فلا يكون صحيحا على انه معارض بان يجعل الجارية التي لم يشترها
منه في مقابلة ثمانمائة او ثلاثمائة او اقل او اكثر فيتعدد جهات الجواز وليس البعض اولى وبان كل جهة يصلح ان يكون علة
للجواز باعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز موجب عليها ترجيح بكثرة الادلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى ان يقال جهات الجواز
تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه والترجيح هنا للفساد ترجيحا للمحرم ولا يسري الفساد منها الى غير المشتراة اما لان الفساد ضعيف فيها
لا بوراما لانه مجتهد فيه لخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر اما اولا فلان كونه مجتهدا فيه لخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان
خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف يوضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان ابا حنيفة ابطل اسلام القوهية في القوهي
هيه والمروية معا وان فسد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو اسلم قوهيا في قوهي جاز عند الشافعي ومع ذلك تعدى
فساده الى المقرون به وهو اسلام القوهي في المروي واما لان الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربوا فلو اعتبرناها
في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وبيانه ان في المشتراة شبهة الربوا لان في المسئلة الاولى
انما لم يصح شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا لان الالف وان وجب للبايع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط
لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيصير البايع بالعقد الثاني مشتريا
الفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة في الحقيقة من باب الربوا واما ان الفساد طاري فلوجهين احدهما انه يحتمل الثمن
بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان يكون بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما
فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع ففسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طاريا فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل
بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة فان الفساد مقارن لان قبول كل واحد منهما شرط لصحة العقد في الاخر
والبيع جائز في العبد لان شمس الايمة قال البيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق
المدبر وذلك لا يعني فيما لا حق له في العقد فلهذا لا يتعدى الى الاخر والثاني المقاصة فانه لما باعها بالف ثم اشتراها قبل نقد الثمن
بخمسمائة فقد صار قصاصا به بخمسمائة مثلها بقي للبايع خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البايع بالعقد
الثاني فيفسد عنده وذلك لا شك في طارئه فلا يسري الى الاخرى قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه ويطرح
عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى
يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه وان اشترى على ان يزنه ويطرح بوزن الظرف جاز لكونه

موافقا لمقتضاه قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف فوزنه فجاء عشرة ارطال فقال
البايع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين الزق المقبوض او في مقدار
الثمن فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع وان كان الثاني فهو في
الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل الاختلاف في الثمن
يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف اجيب بانه يوجبه اذا كان قصدا وهذا ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق
والفقه فيه ان الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة ان كل واحد منهما مدع عقدا اخر واما الاختلاف
بنا على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجبه قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها
ففعل جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف
لهما ان الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار
كانه باشره بنفسه ولو باشر بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال ابو حنيفة المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية التوكيل
واهلية الموكل فالاول اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في المامور به وللنصراني ذلك والثانية اهلية ثبوت الحكم له و
للموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الا ترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه
النصراني ومات عن خمر وخنزير لان انتقال الوارث امر جبري والتوكيل اختياري فاني يتساويان لان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل بعد
تحقق العلة اعني مباشرة الوكيل جبري كذلك يثبت بدون اختياره كما في الموت والا ترى الى ان الماذون له النصراني
اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه حال الاسلام
ثم الموكل به ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه لكن قالوا هذه الوكالة تكون مكروهة اشد كراهة قوله الموكل لا يليه
فلا يولي غيره منقوض بالوكيل بشرا عبد بعينه اذا وكل غيره بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشرا لنفسه وبما
اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلفه ذمي اخر وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذمي اذا اوصى الى مسلم وقد تركهما فان الوصي يوكل ذميا
بالبيع وبالقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس على تزويج المجوسية مدفوع بان حقوق العقد في النكاح لا يرجع الى الموكل والوكيل
سفير لا غير قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلا جامعا
لفروع اصحابنا وتقديره ان الشرط اما ان ينقسم الى ما تقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشتري
وشرط تسليم المبيع او الثمن والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل الا
ستحقاق والى ما هو بخلافه ففي القسم الاول جاز البيع والشرط تزيده وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط
وهو باطلاقه تقتضي عدم جوازه لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث افاد ما افاده العقد المطلق وفي الاول من القسم الثاني وهو ما
كان متعارفا كبيع النعل مع الشراك كذلك لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث
والعرف ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقا
لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطا والعرف قاض وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البايع مدة يكون العقد فاسدا لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانه لما قصد
المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو الربوا لان الربا لا يطلق الزيادة الا على التي تشتمل المزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربوا
لانه مال جاز اخذ العوض عليه ولم يعوض عنه شي في العقد فكان ربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده من
قطع النزاع لما عرف في بيان اسباب الشرايع وفيما اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع فان
العبد يعجبه ان لا يتداوله الايدي وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة
احد المتعاقدين فهو فاسد بوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه
لا مطالب له بهذا الشرط فلا يودي الى الربوا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن ابي يوسف انه يبطل البيع
به نص عليه في المزارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه
منفعة لاحد العاقدين والجواب ان المعتبر المطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد
بشرط ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها
منفعة للمعقود عليه لان قضية الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشروط تقتضي الالزام حتما والمنافاة بينهما ظاهرة
وليس احدهما من العقد والشرط اولى بالعمل من الاخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد والفاسد ما يكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه
فبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى ركن العقد ووصف الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا ولا خلاف
في هذه الجملة والاختلاف بيننا وبين الشافعي الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوز ويقيسه على بيع العبد نسمة وفسره في
المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف بان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي
ما ذكره المصنف صح قوله نعم لانا غير ان فيصح قياس احدهما على الاخر ان ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكر في المبسوط فلا
بد

بدا ان يفسر قول المصنف فقيه بيلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشي على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة ان بيع العبد نسمة على
ذلك التفسير ثابت بحديث بريرة اذ جاءت الى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبة فقالت ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك
فرضيت بذلك فاشترتها واعتقتها وان اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها في معناها
وهذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند البعض قياس جلي كما عرف في الاصول والحجة عليه
واشار ما ذكرناه في الحديث والمنقول نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط رواه ابو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث
بريرة ان النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها
ان تعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتبة بدون رضاها لا يجوز والنسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس وانتصاب قوله
نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وان صح هذا الاسم لما ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق
النسمة صار حقيقة لها اسم لما هو بعرض العتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب قال فان
اعتق بعد ما اشتراه صح البيع ووجب الثمن عند ابي حنيفة وقالا يبقى فاسدا كما كان فوجب عليه القيمة لان البيع وقع فاسدا
فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلف بوجه اخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشتري
بالشرط او لم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا للحقيقة الحدية ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه
من تقييد التصرف به المنافي للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلايمه لانه منه للملك والمنهي للشي مقرر له الا ترى ان العتق لا يمنع
الرجوع بنقصان العيب فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقايه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جائزا بوجود الشرط فاذا
وجد فقد تحققت الملاءمة فيترجح جانب الجواز عملا بالدليلين وتامل حق التامل تخلص من ورطة شبهة لا تكاد تنحل وهي ان هذا
الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا او لا فان كان الاول فتحقيقه تقرر الفساد ولئلا يلزم نقض الوضع وان كان الثاني كان العقد
به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم فعملنا بالفساد في الابتداء عملا بالذات
والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس لانا لم نجد جائزا انقلب فاسدا ووجدنا فاسدا انقلب جائزا كالبيع
بالرقم بخلاف ما اذا اتلفه بوجه اخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه وتقرر الفساد بخلاف التدبير والاستيلاد
والكتابة وان الملك لا ينتهي بها بيقين لاحتمال نقض القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد والمكاتب يخير في الاجارة ولانها انما
يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق والموت قال وكذلك اذا باع عبدا
على ان يستخدمه البايع شهرا فالبيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولم
يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على ان يعرضه المشتري احترازا عما اذا قال بعتك هذه الدار على ان تقرضني
فلان الاجنبي الف درهم فقبله المشتري صح البيع لانها لم تلزم الاجنبي لانه اجنبي عن العقد والمشتري لانها ليست في ذمته فيخلها الكفيل ولو
زيادة في الثمن لانه لم يقل على اني ضامن بخلاف اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف واشتراط
الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكر في المتن قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر
الاجل في البيع العين باطل لافضائه الى تحصيل الحاصل لانه شرع ترفها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع والثمن حاصلا كان
الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا عن السلم فان ترك الاجل فيه مفسد للحاجة الى التحصيل قال ومن اشترى
جارية الا حملها ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة اقسام الاول ما فسد فيه العقد والاستثناء والثاني ما صح فيه
العقد وبطل الاستثناء والثالث ما صح فيه كلاهما اما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة والرهن فانه اذا باع جارية الا حملها او
اجر داره على جارية الا حملها او رهن جارية الا حملها او كاتب عبده على جارية الا حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة
لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة
والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثناء صار شرطا فاسدا فيها فيفسدها وذلك لما ذكره من الاصل
فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في اول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة
اطراف الحيوان لاتصاله به يتعلق بانتقاله ويتقيد بقيده وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على
ان المستثنى مقصود ودلالة العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا فقوله غير ان المفسد في الكتابة استثناء من قوله
لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة
على الخمر او الخنزير او على قيمته حيث دخل في البدل واما اذا لم يكن في صلبه كما اذا اشترط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله
ان يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا يصح الا ببدل معلوم ويحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح
من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فعملنا بالشبهين بالبيع في شرط يكون في صلب العقد وبالنكاح فيما
لم يتمكن فيه واما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد
باعتبار افضائه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات وان كانت من قبيل التمليكات

كما عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب
له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء واما الثالث فكالوصية اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى حملها
فانه يصح وتكون الجارية وصية والحمل ميراثا اما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى يبطل بالشرط الفاسد واما
صحة الاستثناء فلما ذكر ان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث
لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر صدر الحكمة على تاويل المذكور واعترض على قوله الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه من العقد فانه يلزم من ذلك ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما يصح افراده بالعقد
بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب ان يصح استثناؤها واجيب بان هذا عكس غير لازم ولئن سلم فلا نسلم
ان الوصية عقد الا ترى انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول
اذا مات الموصى له قبل القبول فلا ينافيها لفظ العقد مطلقا ولقائل ان يقول اعتبرتم الوصية عقدا في عكس الاصل المذكور
في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم تعتبر وا ذلك في الوصية
بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراد العقد فالفرق بينهما والجواب انا ما منعنا العكس وجوبا وانما منعنا لزومه والفرق بينهما ان تصحيح
الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي فما يصلح ان يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه قال
ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده قال ههنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتان في صفقة لان فيه
احتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية قال ـــــ ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال حذا النعل بالمثال قطعها به
في تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه اذ الصرم هو الذي يقطع بالمثال وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو سير على ظهر القدم
فمن اشترى صرما وشرط ان يحذوه او نعلا على ان يشركه البائع فالبيع فاسد في القياس في وجه ما بينا انه شرط لا يقتضيه العقد
وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجماعا فعليا كصبغ الثوب فان
القياس لا يجوز استئجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ
وحده لكن جوز للتعامل جواز الاستصناع والبيع الى النيروز معرب نوروز اول يوم من الربيع والمهرجان معرب مهركان يوم
في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تاجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك
الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماسكة اي المجادلة في النقصان والمماسكة موجودة في المبايعة
الى هذا الاجل فتكون الجهالة مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل
الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة قال ـــــ ولا
يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع والدياس ان يوطأ المحصود بقوائم الدواب من الدوس وهو
شدة وطء الشيء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع
والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المفضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات
وتاخرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا ترى انه تحتمل الجهالة في اصل الدين بان
يكفل بما ذاب على فلان ففي وصفه اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم اجمعين
فيها فان عائشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتاخر لكونها يسيرة وابن عباس رضي الله عنهما منعه
ونحن اخذنا بقوله وهذا اشارة الى ان الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم والتاخر والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح
مثلا والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة في اصل الثمن لم يكن محتملا لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم تحمل وصفه
لان الاصل اقوى اذ هو موجود بدون الوصف الخاص دون عكسه واجيب بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى
النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فتمتنع واذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تاجيل الدين وهذه
الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة لعدم ابتنائه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ولو باع
الى هذه الاجال اعني النيروز والمهرجان الى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات
انقلب البيع جائزا خلافا لزفر هو يقول العقد فاسد فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم واما
على قول زفر فالنكاح الى اجل جائز والشرط باطل لما تقدم في النكاح وهذا الاستدلال من جانب زفر بما لم يقل به وهو ليس على ما
ينبغي وقد قررناه في التقويم ولنا ان الفساد للمنازعة والمنازعة انما تتحقق عند حلول الاجل فاذا اسقطا ارتفع المفسد
قبل تقرره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم
الزائد اجاب بان هذه الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرت لان الفساد فيه في صلب
العقد واعترض بانه اذا نكح بغير شهود ثم اشهد ابعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا واجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم
الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا ترى ان من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلاته جائزة وعن الثاني بان هبوب
الريح ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه قوله وبخلاف النكاح جواب عن قياس زفر على النكاح

وتقريره انا قد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح الى اجل متعة
وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا وقوله في الكتاب اي القدوري ثم تراضيا فجوز وقالا ان من له الاجل يستبد باسقاطه
لانه خالص حقه قال ـــــ ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة اذا جمع في البيع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة
بطل البيع فيهما مطلقا اعني سواء فصل الثمن او لم يفصل عند ابي حنيفة وقالا ان سمى لكل واحد ثمنا مثل ان يقول اشتريتهما
بالف كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في العبد والذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد
بحصته من الثمن عندهم خلافا لزفر فيهما اي في العبد والمدبر وفي الجمعين جميعا ومتروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر
عامدا كالميتة والمدبر المكاتب وام الولد كالمدبر فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع الذكي
كبيع القن مع المدبر اجيب بانه ليس بمجتهد فيه بل خطا بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه
حتى ان القاضي اذا قضى بحله لا ينفذ القضاء وكان بمنزلة من جمع بين الحر والعبد في البيع لزفر رحمه الله الاعتبار بالفصل الاول
يعني الجمع بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجمع ولابي يوسف ومحمد اذا سمى لكل ثمنا ان الفساد بقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر
دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية واخته في عقد النكاح بخلاف
ما اذا لم يسم على كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولابي حنيفة وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد
اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الآخر واذا كان لذلك كان
قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه بحث اما اولا فلانه اذا بين ثمن
كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد واما ثانيا فلان الشرط
الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد العاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد في الحر
منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فيكون شرطا فاسدا واما الثالث فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد
في العبد اذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد في احدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين
العبد والمدبر واجيب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذ لم يتكرر لفظ البيع او الشراء وقد تقدم في اول البيوع وعن الثاني
بان في العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بالف والحر ليس بمال يقابله بدلا فكانه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على ان يسلم الي
خمسمائة اخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربوا وعن الثالث بان الايجاب اذا صح فيهما مع العقد والشرط جميعا فلا
يكون مما نحن فيه واذا ظهر هذا الفرق بين الفصلين ثم جواب زفر عن التسوية بينهما وقوله بخلاف النكاح جواب عن قياسهما
على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع وقوله اما البيع في هؤلاء متصل بقوله ان الحر لا يدخل تحت
العقد واراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وام الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فيهم باعتبار الرق
والتقوم وهما موجودان وقوله ولهذا ينفذ في عبد الغير يجوز ان يكون توضيحا لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف
على اجازته وفي المكاتب على رضاه في اصح الروايتين وفي المدبر على قضاء القاضي ولذا اذا قضى القاضي بجواز بيع ام الولد
نفذ عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد بناء على ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الاجماع
فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك في اصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله
موقوف وقد قال في بيع اول الباب وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب انه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض
القاضي بجواز بيع المكاتب وام الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز ان يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء
القاضي لا ينفذ في غير محله واذا انفذ ههنا عرفنا المحلية فيه ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا في العقد وكان
الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع وهذا الرد
للاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن
بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا اي لم يجمع بين القن واحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول في غير البيع ولا يبقى له حصة ابتداء
بعد ما ثبت دخولهم في البيع ولهذا الاشتراط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه اي فيما اذا جمع بين القن
والمدبر ـــــ فصل ـــــ في احكامه واذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم النهي لكونه ثابتا به تعقبه ذكر احكام
البيع الفاسد عقيبه والبيع عندنا ينقسم باعتبار غيرنا الى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح
وباطل لا غير فاذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع يعني باذنه وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته
القيمة ذكر لفظ القبض ليترتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيئا وان اتصل به القبض وامر البائع
يعني به الاذن في القبض اعم من كونه صريحا او دلالة والمعني بدلالة الاذن هو ان يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم
يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فانه معتبر مطلقا وقيد بان يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها وقوله
ملك المبيع هو قول عامة المشايخ سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لا مملوك العين
وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور والمحظور لا ينال به نعمة الملك لان

المناسبة بين الاسباب لا بد منها ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمسوغ الشرعية لا تفيد حكما مشروعا ولهذا لا يفيده قبل القبض فصار كما اذا باع الخمر بالدراهم او الميتة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا ان البيع الفاسد مشروع باصله لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال لا يطرق الا كتاب بالرضا صدر من اهله اذ الكلام في ان لا خلل في العاقدين مضاف الى محله لذلك وكل ما كان كذلك مفيد الملك فهذا البيع مفيده لانتفائه فذكون النهي مانع عن ذلك لان النهي تقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلي بين ان يتركه باختياره فيثاب وبين ان يأتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من فسخ مقتضي النهي فجعلنا في وصفه مجاورا كما في البيع عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه اتم واعرض بان المحظور في البيع وقت النداء صحيح وايضا الحكم هنا كالكراهة نوفي المتنازع فيه الفساد واجيب بان عرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم والمجاور جمعا والمتصل وصفا يستويان في ذلك وبان عرضه ان الحكمي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع المعنوية مطلع على ذلك قوله ولانه لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيده قبل القبض وتقريره لكانه لو ثبت الملك لوجب تسليم الثمن ووجب على البايع التسليم للمبيع لانها من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجب الدفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلان لا يكون واجب الدفع بالامتناع عن مطالبة احد المتعاقدين اولى لكونه اسهل لمطالبته لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بانه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبانه لو افاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والالزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على اني بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط اهدر القيد اعني القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد لا يجوز والضمنيات لا معتبر بها قوله ولان السبب دليل اخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان القبض سببها بالايجاب فصار كان ايجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضد العقد من العقد وقوله والميتة ليست بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره ان الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر مثمنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه يعني في اوايل البيع الفاسد واراد به ما قال فيه واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيها اذا كان الخمر مثمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وكيف لاي دليل التسوية بما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها فلو قلنا بانعقاد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثمنا لان كل عين تقابله الدراهم او الدنانير في البيع هو مثمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه وقوله ثم يشترط ان يكون القبض باذن البايع اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق فلم ينهه فانه يصح استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البايع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية المشهورة وجه التبع ان الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفي به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك لان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضي وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه ويشترط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال لتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشيا سواء كانت ثمنا او مثمنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان وقوله اي قول القدوري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة واما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فيشبه الغصب والحكم في الغصب كذلك لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا انعدم قال ـــــــــ ولكل واحد من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد لان فسخ البيع رفع للفساد سواء كان قبل القبض او بعده اما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم واما اذا كان بعده فلا يخلو اما ان يكون الفساد في صلب العقد اي لمعنى في احد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب

بخمر او لشرط زايد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل واحد منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد لقوة الفساد وعند ابي يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا كان بعده فللذي له الشرط ان يفسخ بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يدي المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي قبل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكر ان العقد قوي فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكن الفساد لم يتحقق في حق من له الشرط فله ان يفسخ واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلكل واحد من المتعاقدين حق فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشرا الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض يملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان ماكولا لم يحل اكله ولو كانت جارية لم يحل وطئها ذكره الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا واجيب بالمنع فان محمدا نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله فالطعام لان البايع سلطه على ذلك وقال شمس الايمة الحلوائي يكره الوطي ولا يحرم فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم الطيب ولئن سلم فالوطي مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته اولى وجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل وان كان البيع قد اسقط حق استرداد البايع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة او تزويجا لم يسقط حق استرداده ولذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك نقضا اجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف تفسخ بالاعذار وفساد الشرا عذر في فسخها كما في ولم يذكر محمد تفسخها وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ لذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البايع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد وهذا بخلاف ما لو اوصى المشتري بالمشترى لشخص ثم مات حيث لم يبق للبايع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل قولكم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع قوله ولان الاول دليل اخر على سقوط حق استرداد البايع ووجهه ان البيع الاول مشروع بوصفه دون اصله لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البايع دليل اخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البايع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ونوقض كاسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب انا لا نسلم التمام فيه فان كلام المتعاقدين في ملك الفسخ فاني التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمعنى مفقود رواذا انتقل فقد تم ولم يكن ذلك الامنه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته قوله بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع ان ينقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض احدهما للاخر بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلة ما هو مرجوح عنده واما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ تتحول الصفقة اليه فيبقى تصرفات المشتري بلا سند فينتقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن او باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد للشفيع شيء من ذلك قال ـــــــــ ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه باذن البايع فاعتقه او باعه بيعا صحيحا واعاد لفظة البيع كراهة ان يتوهم ان لفظ محمد لو تركه او وهبه او سلمه فهو اي ما فعل من هذه التصرفات جايز وعليه القيمة اما جوازه فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض والملك مطلق للتصرف فينفذ واما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك فصار كالمغصوب يهلك وفيه القيمة وبالهبة والتسليم والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر انفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن والكتابة في حق المولى الا ان حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد قيل وليس لتخصيصهما بعود الاسترداد زيادة فايدة لانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرف حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبايع ولاية الاسترداد لعوده بملكه اليه وعود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة واما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضي على الغاصب بقيمة المغصوب الابق ثم عاد قوله وهذا اي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا انها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد من اقوى الاعذار ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا ولعل في الجواب بين اشارة الى المذهبين فيها قال ـــــــــ وليس

للبايع في البيع الفاسد ان ياخذ ليس للبايع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما اخذه البايع في مقابلة المبيع عوضا كان او نقدا ثمنا كان او قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها فصار المبيع محبوسا بالمقبوض فكان له ولاية ان لا يدفع المبيع اليه الى ان ياخذ الثمن من البايع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه اخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب وان مات البايع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن احق بالرهن من ورثته والغرماء حتى يستوفي الدين ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعيين على رواية اي سليمان وهو الاصح وعلى رواية اي حفص لا يتعين والقرض الفاسد وهو بيع درهم بدراهم الى اجل في تعيين المقبوض للرد على الرد اتباع وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه ابي سليمان ما ذكره المصنف ان الثمن في يد البايع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين بلا وجه مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة يتعين للرد ويجب ردها بعينها اذا كانت قائمة وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا انه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك وذكر في الفوايد الظهيرية ان المبيع يباع بحق المشتري فان فضل شي يصرف الى الغرما كما في بيع الرهن بالدين قال ——— ومن باع دارا بيعا فاسدا او من باع دارا بيعا فاسدا فبنى المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة وقالا ينقض البنا ويرد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس فيها وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف هذا هو وقوله الاخير ابي حنيفة لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع لانه يحتاج فيه الى القضا او الرضا ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البايع فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم ان البايع بيعا فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشي فالاقوى لا يبطل به وهو يدعي وحق الشفيع لا يبطل بالبنا والغرس فحق البايع كذلك ولابي حنيفة ان البنا والغرس قد حصل للمشتري بتسليط من جهة البايع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشتري بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا الوجه المشتري لم يبطل حق الشفيع وله لو باعها من اخر فانه ياخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن او بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة بالبيع الفاسد لان حق البايع قد انقطع ههنا وعلى هذا افاد رحق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى من حق البايع لوجوده منه وهذا التقدير يبطل كلام قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة قيل وانما ادخله فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البنا والغرس بالاجارة لا يقصد بها الدوام ولعله ذكره لان يلحقه بالبيع في كونه منهيا مقررا لانه لما قصد به الدوام اشبه البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة لانقطاع حق البايع في الاسترداد بالبنا لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بنا المشتري واعترض بانه اذا اوجب نقض البنا لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البايع بطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واذا تؤمل ما ذكر فليس هو ارادا لان البايع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفى الاولوية وبطلت الملازمة واعترض ايضا بانه اذا انتقض البنا لحق الشفيع وجب عود حق البايع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو ——— الفاسد وانتفا المانع وهو البنا كما اذا باع المشتري شيا فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع بالفسخ واجيب بوجود مانع اخر فان المانع من الاسترداد انما يتحقق بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع اخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ابقا حق الشفيع فصار النقض مقتضي صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضي على وجه يبطل به المقتضي وهو التسليم الى الشفيع روي وجوب القيمة في هذه المسلة عن ابي حنيفة يعقوب ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي حنيفة لا في مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند ابي حنيفة للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري بشرا فاسدا وبنى فيها او غرس وعندهما لا شفعة للشفيع فيها وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البايع في حق الاسترداد بالبنا والغرس وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البايع ومن قال بانتفايه قال بعدم انقطاع حق البايع لان وجود الملزوم بدون لازمه محال وعلى هذا الذي حفظ مذهب ابي حنيفة في ثبوت الشفعة لا شك في مذهبه في انقطاع حق البايع في الاسترداد اذ لم يبق الشك الا في روايته عنه لمحمد قال شمس الايمة السرخسي هذه المسلة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد قال ابو يوسف ما رويت عن ابي حنيفة انه ياخذ قيمتها وانما رويت لك ان تنقض البنا وقال محمد بل رويت لي عنه انه ياخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان في الرواية حيث لم ينقل مذهب ابي حنيفة كذا وانما قال ما رويت وفيه تامل ولما كان هذا الموضع محتاجا الى تاكيد ذكر المصنف قوله شك يعقوب في الرواية وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير والراوي في الجامع الصغير محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسايل التي رواها يعقوب عن ابي حنيفة لمحمد رحمهم الله قال ——— ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كما سواهما والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك واما الاول فانه يوثر فيما يتعين والثاني يوثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البايع بالثمن شيا وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما تتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويوثر الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يوثر الخبث فيه لانه لفساد

الملك

العقد

الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعيين فيها انه لو اشار اليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له ان يتركها ويدفع الى البايع غيرها لما ان الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها في البياعات وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لا على الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها او غصب دراهم وادى ضمانها واشترى بها شيا وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند ابي حنيفة ومحمد لان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف يطيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والغرض وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال وبما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع او تقدير الثمن وبيانه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان اشار اليها ونقد منها او اشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمنا وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى الشبهة لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بما له فيه شبهة شايبة ملك وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين نزلا الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن الذي كان شبهة خبث لحصولها بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بما له فيه شايبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربوا والريبة هي الشبهة وهو دليل على ان الشبهة معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير احتمال الريبة للشبهة لا غير واما اذا كانت شبهة الشبهة ايضا داخلة في الريبة فقد يثبت به خلاف المدعي والمعني في ذلك ان شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبرت بما دونها ايضا دفعا للتحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فما دونها قال ——— واذا ادعى رجل على اخر الى عليك الف درهم فاقضاها فقضاه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شي وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح لا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعي واداء المدعى عليه وملكها بقبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا لملكه لكن لما تصادقا انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوك اذا كان عينا يتعين كما اذا اشترى عبدا بجارية واستحقت فاستحق الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ عتقه لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان مما لا يتعين اولى لكنه يفسد الملك اذ الاستحقاق قصد الى مقابله لا فيه فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين قيل المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك الحق به واخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه ان القبح اذا كان لامر مجاور كان مكروها واذا كان لوصف متصل كان فاسدا ولعل قربا في التقرير ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش بفتحتين وهو ان يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشرا ليرغب غيره ويجري في النكاح وغيره حيث قال عليه السلام لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك ايقاع رجل فيه بازيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا ان الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها بانقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشرا الى ما يبلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتفا الخداع ونهى عن السوم على سوم غيره قال صلى الله عليه وسلم لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو نفي من معنى النهي فيفيد المشروعية وصورته ان يتساوم الرجلان على السلعة والبايع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل اخر على سومه حتى يجوز لكنه يكره لاشتماله على الايحاش والاضرار واما قبل ان يتفقا ان يتفقا عن البيع فكان مكروها اذا جنح البايع الى البيع بما طلب به الاول من الثمن وكذلك في النكاح واما اذا لم يجنح فلا باس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد قال ——— وعن تلقي الجلب اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقي الجلب اي المجلوب وصورته المصري اخبر بمجي قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وادخله المصر ليبيعه على ما اراده فذلك لا يخلو اما ان يضر باهل البلد او لا والثاني لا يخلو اما ان يلبس السعر على الواردين او لا فان كان الاول بان كان اهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك وان كان الثاني وقد لبس السعر على الواردين فقد غرهم وهو قبيح فيكره والا فلا باس بذلك قال ——— وبيع الحاضر للبادي اي ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادي فقال صلى الله عليه وسلم لا يبيع حاضر لباد وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه لاهل البادية بثمن غال فلا يخلو اما ان يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك او في قحط يتضررون فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك وعلى هذا يكون اللام في البادي بمعنى من وقيل في صورته نظرا الى اللام ان يتولى المصري البيع لاهل البادية ليغالي في القيمة قال ——— والبيع عند اذان الجمعة اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة قوله ثم فيه بيان القبح المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعي اذا قعدا او وقفا يتبايعان واما اذا تبايعا ماشيين فلا اخلال فيصح بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلاة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال كل ذلك اي المذكور من اول الفصل الى ههنا

مكروه لما ذكرنا لان سد لان الفساد اي القبح في امر خارج زايد اي مجاور ليس في صلب العقد ولا في شرايط الصحة وتفسير بيع من يزيد
وما روي انس رضي الله عنه وقد مر انفا والله اعلم هذا الذي تشرع فيه نوع من البيع المكروه من ملك صغيرين
او صغيرا وكبيرا احدهما ذو رحم محرم من الاخر كره له ان يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها
فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة قوله ووهب معطوف على قوله عليه السلام ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله
عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال عليه السلام ادرك ادرك ويروى اردد اردد
ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جا للتفريق والامر بالادراك على بيع احدهما
وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكراهة البيع لافضايه الى التفريق وهو مجاور ينفك عنه بجواز ان يقع ذلك بالهبة والمعنى
المؤثر في ذلك استيناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعا
هد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك بقوله من فرق بين والدة وولدها الا ان المراد بترك المرحمة
تركها بالتفريق ويجوز ان يكون المراد في قطع الاستيناس والمنع من التعاهد ترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عليه السلام من لم يرحم
صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار الاستيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون احدهما ذا رحم محرم من
الاخر كما ذكرنا في صدر الكلام بالاضرار للمولى او الصغير قصدا فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما
اصلا حتى لو كان احدهما اخا رضاعيا للاخر او كان امه والاخر ابنها من الرضاع او كان احدهما ولد عم او خال او كان احد
زوج الاخر جاز التفريق بينهما لان النص التاني ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضي جواز التفريق بوجود الملك المطلق
للتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده وموردها الوالدة وولدها
والاخوان فان قيل في كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير يستانس بالصغير ثم قال ثم المنع معلول بالقرابة
المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا في التناقض والجواب ما اشرنا اليه
في تغيير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بدون ضرر المولى
او الصغير قصدا وهو بيان لما يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه ولا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه
فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر هذا تبين انه ليس كل القرابة والمحرمية
ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح فلما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان احد
صغيرا فكانت العلة منقوضة او لزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسد عند عامة المشايخ والاول من المواضع
ما اذا صار احدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا دبره او استولده ان كانت امة فانه لا باس ببيع الاخر وان حصل
التفريق والثاني اذا جنى احدهما جناية في نفس او مال فان للمولى ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية
المنع عن البيع بالفداء والثالث اذا كان المالك ذميا جاز للمسلم شرا احدهما وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء
والرابع اذا كان صغيرا وكبيرا جاز بيع احد الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا
كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس جاز اعتاق احدهما على مال او غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير
مراهقا جاز بيعه برضاه ورضى امه ولزم التفريق واذا تاملت ما مهد لك انفا ظهر لك ورودها فان ما خلا الاخير يشتمل
على الضرر اما الاول فلان بيع احدهما لما امتنع من معنى شرعي لو منع عن بيع الاخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره
لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف تحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث
واما الثاني فلانه لو الزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر واما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم
عن شراه تضرر الصغير قصدا او عادت على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخلها دار الحرب فيشا ان فيها تضرر ذلك ظاهر في
الدنيا لوصفه الاسر والقتل وفي الاخرة لان من ظاهر من نشا في صغره بينهم ان يكون على دينه واما الرابع فلان في منع بيع احد
الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالاخر اضرار بالمولى واما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن ابي يوسف وعلى ظاهر
الرواية انما جاز لان رد السلم عن العيب حاسم من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار للمشتري فيتعين رده دفعا للاضرار عنه واما في
السادس فلان الاعتاق هو عين ما يرجع بكل الوجوه لان المعتق او المكاتب صار احق بنفسه فيدور هو حيث ما دار ويتعاهد
اموره على ما اراد ولا اعتبار بخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقايها جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه
واما في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر بهما فلما رضي بالتفريق اندفع
الضرر فيها عدا الاخير من ضرر فلا يكون الا معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به واما الكافر فلا تفريق فيه واما السابع فمن قبيل
اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والاخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما لان التفريق لا يتحقق
فيه وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سوا كان الغير ابنا صغيرا او كبيرا وبهما مونثة اولا وسوا كان زوجته او مكاتبه ولا يجوز بيع
احد حام من احد ما ولا اذا كان في ملكه لحصول التفريق بذلك قوله ولو كان التفريق بحق مستحق تعدم تعذيره في اثنا الاسولة وجوابا
وروي عن ابي حنيفة انه قال اذا جنى احدهما انه يستحب الفدا لانه مخير بين ان يدفع او يفدي فكان الفدا اولى قال

فان

فان فرق كره وجاز العقد فان فرق كره ذلك واطلاق التفريق يدل على انه مكروه سوا كان بالبيع او القسمة في الميراث او الغنايم او
الهبة او غير ذلك والبيع جايز وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاده لعتوتها وصفعت غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا
من قوله عليه السلام لعلي ادرك ادرك وفي زيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما
ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء
وهو مكروه لا فاسد كالاستيام والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع الاخر ممن باع منه احدهما قوله وان كانا
كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص يشير الى ان مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما
قررناه وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين روي ان امير القبط اهدى الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سرية فولدت له ابر
هيم وهي مارية ووهب الاخرى لحسان بن ثابت رضي الله عنه وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب
وهذا كله اذا كان المالك مسلما او مكاتبا او ماذونا له واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار
غير مخاطبين بالشرايع

باب الاقالة

الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق
خاص بهما فاعقب ذكرها ايا هما وهي من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض يدل لبيل قلت البيع بكسر القاف وهي
جايزة لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقاله الله عثرته يوم القيامة ندب صلى الله عليه وسلم اليها بما يوجب النجر بعض
عليها من الثواب اخبارا او دعا وكلاهما لا يكون الا المشروع ولان العقد حقهما وكلاهما يوجبها بملكان رفعه لحاجتهما وشرطها انا يكون
بالثمن الاول فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين
ولهذا اوجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملك البايع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن
له ذلك فشرط التقابض اذا كان المبيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيعا جديدا وهذا لان لفظها ينبئ عن الفسخ كما نذكره
ومعناها ينبئ عن البيع لكونه مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا او بيعا فقط اهمال لاحد الجانبين واعمالهما ولو بوجه اولى
فجعلناها من حيث اللفظ فسخا في حق العاقدين لقيامه بها فتعين ان يكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما اذا
ولدت المبيعة بعد القبض ولد الان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعند
ابي يوسف هي بيع الا ان يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسخا الا اذا تعذر جعلها فسخا فتبطل
كما اذا تقايلا في العوض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر ذلك فيبطل كما في صورة
بيع العوض بالدراهم بعد هلاكه استدل محمد رحمه الله بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والرفع يعني ان حقيقته
ذلك يقال في الدعا اقلني عثرتي واذا امكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا انعقد رجل على محتمله وهو البيع
لانه بيع في حق ثالث واستدل ابو يوسف بمعناه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت احكام
البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت بيعا او محتمله لما انعقد البيع بلفظ
الاقالة وليس كذلك واجيب بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشايخ وبالفرق بعد التسليم بانه اذا قال ابتداء اقلتك العقد
في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما عقد اصلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة اضيفت الى ما لا وجود له فيبطل لعدم محلها وما
نحن فيه ليس كذلك لانها اضيفت الى ما له وجود اعني سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود
الدلالة على ما اراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين احدهما انه يفهم
منه ان ابا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك يصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز والثاني ان قوله اقلتك
العقد في هذا العبد معناه على هذا التقدير بعتك العبد وذلك يقتضي تقدم سابقة العقد واستدل ابو حنيفة ان اللفظ
الى المجاز يبنى على الفسخ والرفع كما قلنا لانه حقيقة منه والاصل اعمال الالفاظ في حقايقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز وان امكن والا ابطلها
لم يمكن ان يجعل مجازا عن ابتدا العقد لانه لا يحتمل لكونها ضده واستعارة احد الضدين للاخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان
قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك اجاب المصنف بان ذلك لم يكن بطريق المجاز اذ الثالث
بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما
ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبايع بيدل اظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره بوجه
البسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت
الملك للبايع من ضروراته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في
حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه اخر ان المدعي
ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لان كونها فسخا مقتضاها فلو كان كونها بيعا لذلك لزم
الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو ممتنع والجواب لابي حنيفة رحمه الله عما استدل به ابو يوسف من ثبوت الاحكام ما قيل ان ربما
الاحكام ما لا يغير الحقايق فانه اخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة

من الاحكام فجاز ان يعتبر ويثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة فمن الحقائق فلا يحتاج الى حقيقتها التي هي الفسخ . اذا ثبت هذا اي ما ذكرنا
الاصل نقول اذا اشترط الاكثر في الاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي
كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط
الفاسدة لان الشرط يشبه الربوا لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض والاقالة
تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع
بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربوا ولا تأثير في الشرط شبهة الربا وهي معتبرة وكذا
اذا اشترط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع ما لم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث
في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى
جارية بالف درهم وتقايلا بالف درهم صح الاقالة وان تقايلا بالف وخمسمائة صحت الاقالة بالالف ولغي ذكر الباقي وان
تقايلا بالف الا مائة فان لم يدخلها عيب صحت بالف ولغي النقص ووجب على البائع رد الالف على المشتري وان دخلها عيب
صحت الاقالة بالشرط ويصير المحطوط بازاء نقصان العيب كانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس
عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن ان يكون الحط بمقدار حصة العيب او اكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه
او لا وقال بعض المشايخ تاويل المسألة ذلك هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما في تاويل الزيادة يكون بيعا لان
الاصل هو البيع عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله وان كانت فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا
ممكن فاذا تعذر العمل بالحقيقة فيصار الى المجاز صونا للكلام العاقل عن الالغاء ولا فرق بين الزيادة والنقصان عند
ابي يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن واقال
كان فسخا فهذا اولى واعترض بان كونه فسخا اذا سكت عن الثمن اما ان يكون على مذهبه خاصة او على الاتفاق والاول
رد المختلف على المختلف والثاني غير ما نحن فيه لان ابا يوسف انما جعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف
صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق لما بينا ان الحط يجعل بازاء ما فات
بالعيب ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا من
وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ . هذا
اذا ولدت بعد القبض اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الجارية اذا ازدادت
ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش
والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة
باطلة عند ابي حنيفة لانه لا يصح الاقالة فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ يوصف له الحق
في الزيادة ببطلان حقه فيها والتقايل دليل الرضا فامكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع
البيع واما في غيره كالعقار فانه فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما عند ابي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده
قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع يستدعي قيام
البيع لان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل هو المبيع ولهذا اشترط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه من لوازم
الوصف ولهذا اجاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام
البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما اي احد العوضين ابتداء بان تبايعا عبدا بجارية ثم هلك العبد
في يد بائع الجارية ثم اقالا البيع في الجارية وجب رد قيمة العبد ولا يبطل بهلاك احدهما بعد وجودها لان كل واحد منهما
مبيع فكان البيع باقيا اما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقالة والاخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد
فقد بطلت الاقالة ولا اشكال بالمقايضة فانها لا تبقى اذا هلك احد العوضين قبل القبض او كان احدهما هالكا وقت
البيع فانها لا تصح مع ان كل واحد منهما في معنى الاخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة
فيجوز بعد هلاك احد العوضين بخلاف المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا
فالحق بالبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وان قيد بهلاك احدهما
لان هلاكهما جميعا مبطل للاقالة بخلاف التصارف فان هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع عن الاقالة مع ان لكل
واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالمبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل
القبض وانما قيد بهلاك احدهما لان هلاكهما جميعا مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وانما قيد بهلاك احدهما لان
في حكم المبيع والثمن كما في المقايضة لانه لما لم يتعينا لم يتعلق الاقالة باعيانهما فلا يبقى بل يرد المقبوض ورد مثله
سيان فصار هلاكهما كقيامهما وفي المقايضة تعلقت باعيانهما فاذا هلكا لم يتعين شيء من المعقود عليه
ترد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة تصح بلفظين احدهما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول اقلني فيقول الاخر اقلت
عند

عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل ان يقول اقلت البيع
فيقول الاخر قبلت اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان
تحقيقا للتصرف كما في النكاح ويفارق البيع والله اعلم

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالاصل
وهو البيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة
والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في اول البيوع ووعدنا تفصيلها وهذا موضعه وعرف المرابحة بنقل ما ملكه بالعقد
الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بانه غير مطرد ولا منعكس اما الاول فلان من اشترى دنانير بالدراهم
لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه واما الثاني فلان المغصوب الابق اذا عاد بعد القضاء
بالقيمة على الغاصب جاز بيعه الغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبانه مشتمل على الكم
يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول او مثله لا سبيل الى الاول
لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مرادا في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما ان يراد
المثل من الجنس او المقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مرابحة فان كان ما اشتراه
به له مثل جاز حيث جعل الربح جنس راس المال الدراهم او سواء من غير الدراهم من الدنانير او على العكس اذا كان
معلوما يجوز به الشرا لان الكل ثمن والثاني يقتضي ان لا يضم من الدراهم الى راس المال اجرة القصار والصباغ
والطراز وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة اصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة
او وصية تقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسألة في المبسوط قيل فعلى هذا الاولى ان يقول نقل ما ملكه من
السلع بما قام عنده والجواب عن الاول ان لا نسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل
وعن الثاني بان المراد بالعقد من ان يكون ابتداء او انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يعذر
المالك على رد القيمة واخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع او
قيمته الى راس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مرادا بما قام عنده من غير جنايه
فيدخل فيه مسألة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة
قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث
لفظ العقد والثمن الاول والجواب والبيعان جائزان لاستجماع شرط الجواز وللتعامل الناس من غير انكار ولمساس
الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدي الى التجارة والصفقة كاشفة يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه
بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره في الكتاب فجاز فوجب القول بجوازها
لوجود المقتضي وانتفاء المانع ولهذا اي للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى البيعين اي نوعيهما على الامانة والاحتراز
عن الخيانة وشبهتها واكد بقوله والاحتراز عن الخيانة وشبهتها واصاب لاقتضاء المقام ذلك وعلى هذا لم يصح المرابحة
والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن
وكان فيه شبهة عدم المماثلة فشبه الخيانة كما لم تجز المجازفة في الاموال الربوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة
مما يحتاط فيه قال ولا يصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل لا تصح المرابحة والتولية
في ذوات القيم لما ذكرنا انفا ان مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة في القيميات ان
امكن فقد لا يمكن عن شبهتها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه
حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة فتعرف بالحزر والظن فيمكن فيه شبهة
الخيانة الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مرابحة
بربح معلوم من درهم او شيء من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه
بربح ده يازده مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح درهمين وان
كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه براس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال
فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء من احد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي
عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثم الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره
فلا يخلو اما ان يطلق الربح او ينسبه الى راس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح
من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة او ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بالنسبة اليه
فكان على صفته ويجوز ان يكون يضيف الى راس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام
لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو
الاصل وهذه الاشياء تزيد لذلك فالصبغ واخواته تزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف

المكان فيلحق به ويقول قام علي بكذا او لا يقول اشتريته بكذا كي لا يكون كاذبا لان القيام عليه عبارة عن الحصول
بما لزم وقد عزم فيه الالم لقدر المسمى وكذا اذا باع برقم يقول رقمه كذا فانا ابيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة
الراعي وكذا بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف اجرة التعليم واذا انفق على عبده في تعليم
عمل من الاعمال دراهم لم يلحق براس المال لان الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذق والذكا
لا بما انفق على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرابض والبيطار وجعل الابق والحجام والختان فان اطلع المشتري على
خيانة في المرابحة اما بالبينة او باقرار البايع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن
وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط فيهما اي في المرابحة والتولية
وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب ان يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار
لها تعلق العقد بالمسمى والتولية والمرابحة ترويج فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة وفواته يوجب التخيير
ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية لا التسمية ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او
بعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر عن التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة
بطل صلاحيتها لذلك فبقي ذكر المرابحة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في الفصلين جميعا
غير انه يحط في التولية قدر الخيانة في راس المال وهو ظاهر وفي المرابحة من راس المال والربح جميعا كما اذا اشتراه
ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم
فياخذ الثوب باثني عشر درهما ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانه يكون بالثمن الاول وهذا
ليس كذلك لكن لا يجوز ان لا يبقى تولية لئلا يتغير التصرف فيتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة
كما كانت من غير تغير التصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه
او حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة ممن قال بالحط كان له الحط ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة
لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك او غيره فسقط خياره بخلاف خيار
العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم
الجزء الفايت فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روي عن محمد في غير رواية
الاصول انه يفسخ البيع على القيمة اذا كانت اقل من الثمن دفعا للضرر عن المشتري قال ومن
اشترى ثوبا فباعه بربح الكلام في هذه المسئلة وصورتها ظاهرة وانما الكلام في دليلها قالا العقد الثاني عقد
متجدد منقطع الاحكام عن الاول وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان اشترى
من مشتري مشتريه وقال ابو حنيفة شبهة حصول الربح الحاصل بالعقد الاول ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على
شرف السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري تاكد ما كان على شرف السقوط وللتاكيد في بعض
المواضع حكم الايجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر على تاكد ما كان
على شرف السقوط واذا كان شبهة الحاصل ثابتة صار كانه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة
بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطا في بيع المرابحة
ولهذا لو كان لرجل على اخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان الصلح مبناه
على التجوز والحطيطة ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا امكنت الشبهة وعورض بانه لو كان كذلك
لما جاز الشرى بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشرى الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه
شبهة الربو وهو حصول الثوب بلا عوض واجيب بان التاكيد له شبهة الايجاب في حق العباد واحترازا عن الخيانة
على ما ذكرنا في حق الشرع وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التاكيد في المرابحة واما جواز البيع
وعدمه في شبهة الربو لحق الشرع فلا يكون للتاكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوايد العلامة حميد الدين رحمه الله
بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح المشتري الاول بالشرا الثاني فانتفت الشبهة
قال واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة والحال انه
مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا ان كان المولى اشتراه
وباعه من العبد لان في هذا العقد اي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى
بمال العبد وقيل كون العبد ملكا للمولى ولهذا كان له ان يقضي الدين ويتفرد بكسب عبده فصار كانه يبيع من نفسه
فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور
فيه وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه
شيئا لم يصح لانه لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف هكذا افاده محمد في الاصل وكذا فخر
الاسلام

الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان ولم يقيده الطحاوي والعتابي والحق قيده لما ذكرناه قال وان كان
مع المضارب عشرة دراهم بالنصف اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه
من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها
وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة لان هذا البيع اي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم
الربح خلافا لزفر ففيه شبهة العدم وجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه
فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفايدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان بالتسليم
الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالشرى من المضارب يحصل له ولاية التصرف
وهو مقصود واذا كان مشتملا على الفايدة ينعقد لان الانعقاد يتبع الفايدة الا ترى انه اذا جمع بين عبده
وعبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفايدة انقسام الثمن واما ان فيه
شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر وقد استوضحه المصنف بقوله الا ترى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال
في البيع الاول من وجه وعلى هذا وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل والوكيل فيما وكله به
واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن
احترازا عن شبهة الخيانة في اصل الثمن وهو عشرة ولاجل نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك
ومن اشترى جارية فاعورت اذا اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري بافة سماوية او بفعل الجارية نفسها
او وطيها وهي ثيب ولم ينقصها الوطي جاز له ان يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان لعدم احتباس ما يقابله الثمن
لما تقدم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن قوله ولهذا توضيح لقوله لانه لم يحتبس عنده ما يقابله الثمن ولهذا لو
فاتت العين قبل التسليم الى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها الوطي لا يقابلها الثمن
وعورض بان منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري اذا وطيها ثم وجد عيبا لم يتمكن من الرد وان كانت ثيبا
وما ذلك الا باعتبار ان المستوفي من الوطي بمنزلة الاحتباس جزء من المبيع عند المشتري واجيب بان عدم جواز
الرد باعتبار انه ان ردها فاما ان يردها مع العقر او بدونه لا سبيل الى الاول لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد
والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البايع ويسلم الوطي للمشتري
مجانا والوطي يستلزم العقر عند سقوط الحد لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف انه لا يبيع في الفصل
الاول اي في صورة الاعورار من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه ان للاوصاف
حصة من الثمن من غير فصل بين ان كان التعيب بافة سماوية او بصنع العباد وانما ذكر افقا عينها ارجع الى اول
المسئلة وفي بعض النسخ قلنا فيكون جوابا لقول ابي يوسف والشافعي يعني اذا فقا المشتري عينها بنفسه او
فقاها اجنبي سواء كان بامر المشتري او بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة لانه صار مقصودا بالاتلاف اما اذا
كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه واما اذا كان بغير امره فلانه جناية يوجب ضمان النقصان عليه فيكون
المشتري حابسا بدل جزء من المعقود عليه فيمتنع المرابحة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على اخذ
الارش وهو المذكور في لفظ محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير وقال في النهاية كانه ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما
فقاها الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه ثم قال والدليل على
هذا الاطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش وذكر نقل المبسوط كذلك وكذا ان وطيها وهي بكر لا يبيعها
مرابحة الا بالبيان لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فلا بد من البيان ولو اشترى ثوبا فاصابه
قرض فار بالقاف من قرض الثوب بالمقراض اذا قطعه وحرق ابو النجم على انه بالفاء او حرق نار جاز ان يبيعه
مرابحة من غير بيان لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان
لانه صار مقصودا بالاتلاف وقوله والمعنى ما بينا اشارة الى هذين الدليلين قال ومن اشترى غلاما
بالف درهم نسية ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ذلك للمشتري فعلم المشتري فان
شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة
بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الجناية
ونوقض بان الغلام السليم الاعضاء يزاد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء
لم يجب البيان على البايع كما في مسئلة اعورار العين واجيب بان الزيادة هناك ليست منصوصا عليها لانها في مقابلة
السلامة وما نحن فيه هو ان يقول ان اجلتني سنة كذا فقيمته يكون كذا بزيادة مقدار فيثبت زيادة الثمن لاجل الاجل
بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء وتيسير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان
هلك المبيع او استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة

فباعتبار شبهة الجناية كان له الفسخ ان كان المبيع قائما وان يسقط شيئا من الثمن بعد الهلاك فلا والا لكان ما فرضناه
شبهة حقيقة وذلك خلف باطل قال وان كان ولاه اياه يعني ان التولية كالمرابحة فيما علم المشتري انه كان
اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الجناية
كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وان كان استهلكه ثم علم بالجناية لزمه بالف حالة
لما ذكرنا ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو
نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتي من بعد في مسائل منثورة في سبيل
كتاب الصرف والفقيه ابو الليث روي عن محمد انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قائمة
مقامه وهذا على اصله في التحالف مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل وهو ابو جعفر البلخي يقوم بثمن حال وبثمن
موجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد لكنه منجم معتاد كعادة بعض البلاد يشترون
بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر اما جملة او منجما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان
الثمن حال قال ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه اذا قال وليتك هذا بما قام علي يريد به ما اشتراه به
مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن
فان اعلمه البائع في المجلس صح البيع وخير المشتري ان شاء اخذه وان شاء تركه اما الصحة فلان الفساد لم يتقرر
بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة
وصار كتاخير القبول الى اخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفاسد المتقرر لا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم
في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساده بعدمه فيه واما خيار المشتري فللخلل في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة
الثمن كما لا يتحقق قبل الروية للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الروية فالحق به فصل وجه ايراد
الفصل ها هنا ان المسائل المذكورة ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة الاستطراد باعتبار تعلقها بتقييد
زايد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتولية ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول وهو المراد بقوله
يحول فقوله به كيلا يتوهم انه احتراز عن المدبر لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع ما لم يقبض وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تمسك له بما روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال اذا اشترى احدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه
وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال
واحسب كل شيء مثل الطعام وذلك يحتمل ان التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معروفا بين الصحابة حدث
الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته
لقيني رجل فاعطاني ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا هو زيد
ابن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع
السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليتفق على الاتفاق
فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل القبض فان كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع
قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه لان تمام العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زايل عند ذلك
بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل
القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع فالبيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك لعين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه
فالهبة اولى بقوله وان فيه غرر انفساخ العقد استدلالا بالمعقول وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ
العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البايع والغرر غير جائز لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر
ما طوي عنك علمه وقد تقدم واعترض بان غرر الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس
بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا واجيب بان عدم جوازه
قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق لقوله واحل الله البيع وليس
ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك وفي الاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق
خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز رجوعا
الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض
والجامع بينهما انه يفضي الى ربح ما لم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي
الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله
لكونه عاقلا بالغا غير محجور عليه في محله لانه محل مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه

باعتبار

باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود
ومنع انتفاء المانع في العقار فان فيه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب واجيب بانه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه
قبل القبض صار ملكا للمشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء عاد له الرد والاولى ان يقال كلامنا في غرر
الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر الانفساخ في العقد المنهي عنه منتفيا
والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع
واعترض بانه تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع
النص غير مقبول واجيب بانه عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض
ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي
عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبض سلمنا انه نهي عن بيع ما لم
يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح مخصصا سلمنا صلاحيته لذلك لكن هو
التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول
ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يحتمل تناول ما ينافيه نصا ولا عرفا واعلم اني اذكر لك ما نحن في هذا الموضع بتوفيق الله
تعالى على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا لعموم
قوله تعالى واحل الله البيع لكنه خص منه الربوا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربوا والعام
المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو اما ان يكون معلولا بغرر
الانفساخ اولا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي
في الصحيح مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين ادلة الجواز
وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق والاعمال متعين لا محالة واما لم يتناول العقار
لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض هذا والله اعلم بالصواب
قوله والاجارة جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره انها لا تصلح مقيسا عليها لانها على الاصح
قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل
وهو الرقبة ملك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا
موازنة اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد واراد التصرف فذلك على اقسام
اربعة اشترى مكايلة وباع مكايلة او اشترى مجازفة وباع كذلك او اشترى مكايلة وباع مجازفة او بالعكس
من ذلك ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري الاول ان يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري
الاول كذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع
وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز
عنه وهو بترك التصرف وهذه العلة موجودة في الموزون وكان مثله وفي الثاني لا يحتاج الى كيل لعدم
الافتقار الى تعيين المقدار وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني الى كيل لانه لما اشتراه مجازفة ملك جميع
ما كان مشارا اليه فكان متصرفا في ملك نفسه قال المصنف واستحسن لان الزيادة له واعترض بان الزيادة
لا تتصور في المجازفة واجيب بان مراد المجيز انه اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله على انه عشرة اقفزة مثلا
ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنى عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من
التمحل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البايع فانه لما باعه مجازفة وفي ذهنه انه ماية قفيز
فاذا هو زايد على ما ظنه والزايد للمشتري ويجوز ان يحمل من باب الفرض ومعناه ان المانع من التصرف هو
احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت على المشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير
وجوده لم يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه اولى ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض كما في قوله تعالى ان تدعوهم
لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى الكيل واحدا اما كيل المشتري او كيل البايع بحضرته
لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا واما مجازفة فلا
يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه
بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك انما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول
ما عداه ورد بانه دعوى مجردة واجيب بان التقصي عن عهدة ذلك بان يقال قوله واحل الله البيع يقتضي
جوازه مطلقا وهو مخصوص باية الربوا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه ذكر الصاعين وليس ذلك
الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان فكان في النص ما يدل على انه

معلوما بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل ثم في قوله اشتري مكيلا اشارة الي انه لو ملكه بهبة او ارث
او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا الوزني ثمنا كما سياتي وحكم بيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل
لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد به النص ليلحق به
بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا معتبر بكيل البايع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني
لان الشرط صاع البايع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم
اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفي به لظاهر
الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى
احتمال الزيادة ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سياتي في باب السلم ان شا الله تعالى كما اذا كر فلما حل الاجل اشتري
المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه لم يكن قضا وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فكاله له ثم
اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام المصنف رحمه الله
ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسيلة اولا فيما اذا كان العقد ان يشترط الكيل واستدل على وجوب الصاعين
بالحديث ثم ذكر في اخر المسيلة ان الصحيح انه يكتفي بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسيلة
فيما يكون عقدا واحدا بشرط الكيل لما ان الاكتفا بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد
بشرط الكيل واما اذا العقدان بشرط الكيل فالاكتفا بالكيل الواحد فيه ليس بصحيح من الرواية بل الجواب دحلة
فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بان يكون المراد من البايع في قوله ولو كاله البايع المشتري
الاول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع البيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه
يكتفي بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحل الحديث اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان في
هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اجتمعت
الصفقتان كما في اول المسيلة وما سياتي في باب السلم واما فيما نحن فيه فلا هذا وان نظرنا الى التعليل وهو
قوله ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع يقتضي ان يكتفي بالكيل الواحد في اول المسيلة ايضا مر
كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفا بالكيل الواحد رخصة او قياس واستحسان لكان
المدفع جاريا على القوانين لكني لم اظفر بذلك ولو اشتري المعدود عدا فهو كالمذروع فيما روي عن ابي يوسف
ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة لانه ليس بمال الربوا ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين فكان كالمذروع وحكمه قد مر
وكالموزون فيما روي عن ابي حنيفة وهو قول الكرخي لانه لا تحل الزيادة الا تري ان من اشتري جوزا على
انه الف فوجدها اكثر لم يسلم له الزيادة ولو وجدها اقل يسترد بقية النقصان من البايع كالموزون فلا بد
لجواز التصرف من العد كالموزون في الموزون قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز التصرف
في الثمن قبل القبض جائز سوا كان مما لا يتعين كالنقود او ما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم
او بكر من الحنطة جاز ان ياخذ بدله شيا اخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم
الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قايم والمانع
وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين اي في النقود بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري
ان يزيد البايع في الثمن اذا اشتري عينا بمايه ثم زاده عشرة مثلا او باع عينا بمايه ثم زاد على المبيع شيا او حط
بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البايع حبس المبيع حتي يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك
المشتري مطالبة المبيع من البايع حتي يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق
الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة واذا استحق المبيع يرجع المشتري على البايع بهما واذا جاز ذلك
فالزيادة والحط ملتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر وان فهما لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار
ابتدا الصلة اي الهبة ابتدا لا يتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يقتضي تمليكه لان المشتري
ملك المبيع بالعقد فلم يصلح ثمنا فالزيادة في الثمن يكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط
الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فتصار برا مبتدا ولنا ان البايع والمشتري بالحط والزيادة
غيرا العقد بتراضيهما من وصف مشروع الي وصف مشروع لان البيع مشروع خاسر ورابح وعدل والزيادة في
الثمن يجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما
ولاية التصرف برفع اصل العقد بالاقالة فاولي ان يكون لهما ولاية التغيير من وصف الي وصف لان التصرف في
صفة الشي اهون من التصرف في اصله وصار كما اذا كان لاحد العاقدين او لهما خيار الشرط فاسقط او شرطاه
بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلتحق باصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له

دجله

عوض ملكه

ووصف

ووصف الثمن يتقوم بذلك الشي لا بنفسه فالزيادة تتقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان
حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض اجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه تبديل باصله لا تغيير بوصفه
لان عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من ان يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود
ما يصلح ثمنا واما حط الجميع فتبديل للعقد لانه اما ان يبقي بيعا بلا عدم الثمن ح وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك
او يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة فلا يلتحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم
الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط البعض باصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا يكون الزيادة عوضا عن
ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التوليه والمرابحة حتي يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البايع
اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لاخر وليتك هذا الشي وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن
بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقا باصل العقد كان الثمن في ابتدا العقد هو ذلك المقدار ولذلك
في الزيادة ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتي ياخذ الشفيع بما بقي في الحط قوله وانما كان للشفيع جواب
سوال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ملتحقة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتدا العقد
وتقرير الجواب انما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال
له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما وهذا كله اذا كان المبيع قايما واما بعد هلاكه فلا يصح
الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون
في موجود والشي يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج
البدل عما يقابله لكونه اسقاطا محضا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق باصل العقد
استنادا وروي الحسن عن ابي حنيفة انه يصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه ان يجعل المعقود عليه
قايما تقديرا ويجعل الزيادة تغييرا كما جعل قايما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع
بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات المحل لملكه او ابقايه
بطريق التجدد فلم يكن لابقا العقد في حقه فايدة فاما ما ورا ذلك ففيه فايدة فيبقي والزيادة في
المبيع جايزة لانه تثبت في مقابلة الثمن وهو قايم ويكون لها حصة من الثمن حتي لو هلك قبل القبض سقط
بحصتها شي من الثمن قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما اذا باع شيا بثمن حال ثم اجله
لا يخلو اما ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صح وصار موجلا وقال زفر رحمه الله لا يلحق الاجل
بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين فلا يتاجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتاجيل
رفقا بمن عليه ولان التاجيل ابرا موقت الي حلول الاجل وهو يملك البراة المطلقة بالابرا عن الثمن
فلان يملك البراة الموقتة اولي ولو كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون الجهالة فاحشة او يسيرة فان كان الاول
كما اذا اجله الي هبوب الريح او نزول المطر لا يجوز وان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة
لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فيتحمل مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع وقد ذكرناه من قبل يعني في
اواخر البيع الفاسد قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار موجلا كل دين حال يتاجل
صاحبه يصير موجلا لما ذكرنا انه حقه لكن القرض لا يصح تاجيله وهذا لان القرض في الابتدا اصله واعارة
فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي
ومعاوضة في الانتها لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين فعلى اعتبار الابتدا لا يصح اي لا يلزم التاجيل
فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتها لا يصح لانه يصير بيع الدراهم نسيه وهو ربوا
وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتدا وقلنا
بجوازه بلا لزوم وتوقض بما اوصي بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الي سنة فانه قرض موجل واجله لازم
حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية
بالخدمة والسكني في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا تري انه لو اوصي
بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التاجيل في القرض حتي لا يجوز
للورثة مطالبة الموصي له بالاسترداد قبل السنة حقا للموصي

باب الربوا

لما فرغ من ذكر انواع
البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان انواع بيوع نهي الشارع
عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا الربوا فان النهي يعقب الامر وهذا لان المقصود من بيان
كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيل لمحمد الا تصنف شيا في
الزهد قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده يثبت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام

جيل

والرغبة في الحلال والربوا في اللغة هو الزيادة ومنه الربا للمال اي زاد ومنه فيقال ربوي بكسر الراء ومنه
الاشيا الربوية وفتح الراء خطا ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع
قال الربوا كل مكيل او موزون اي حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة جار في كل ما يكال او يوزن
اذا بيع بكيل او موزون من جنسه فالعلة اي لوجوب المماثلة هو الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال
ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل لانه يتناولهما ولكل واحد منهما بانفراده يتناوله الاطرو الاصل فيه الحديث
المشهور الذي تلقته العلما بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل
ربوا وعد الاشيا الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ومداره على
عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم وروي
بروايتين بالرفع مثل بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب
باعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني بيعوا الثمن بالثمن والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي كيلا
بكيل وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم
الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من حيث
الجودة والرداة بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها ورديها سوا وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم
يفسر بعضه بعضا فان قيل تقديره بيعوا يوجب البيع وهو مباح والجواب ان الوجوب مصروف الى الصفة
كقولك مت وانت شهيد وليس الامر بالموت ولكن بان يكون على صفة الشهداء اذا مات لذلك المراد الامر بكون
البيع على صفة المماثلة وقوله يدا بيد المراد به عندنا عينا بعين وعند الشافعي قبض بقبض وقوله والفضل
ربوا الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات احدهما على الاخر حرام والحكم معلول باجماع
القايسين احتراز عن قول داود ومن المتاخرين وعثمان البتي من المتقدمين ان الحكم مقصود على الاشيا الستة
والنص غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه من القدر والجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات
والثمنية في الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة عليها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وح
لا يكون اثر في تحريم النسا فلو اسلم هرويا في هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود احد وصفي العلة وسياتي
والمساواة تخلص بتخلص عن الحرمة لانه اتى الشافعي نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال يدا
بيد مثلا بمثل منصوبان على الحال والاحوال شروط وهذا في رواية النصب وفي رواية الرفع يقال معناه
على النصب الا انه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت وكل ذلك اي كل من الشرطين يشعر بالعزة والخطر كالشهود
في النكاح فاذا كان عزيزا خطيرا لعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم في المطعومات لبقاء الانسان
به والثمنية في الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك
اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا والحاصل اي العلة انما تعرف بالتاثير وللطعم والثمنية اثر كما ذكرنا وليس
للجنسية اثر لكن العلة لا تكمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا اعدة لا وجوبا به ولنا ان
الحديث اوجب المماثلة شرطا في البيع بقوله مثلا بمثل لما مر انه حال بمعنى مماثلا والاحوال شروط ووجوب المماثلة هو المقصود
بسوق الحديث لاجماعنا ثلاثة لتحقيق معنى البيع فانه ينبي عن التقابل وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل
لانه لو كان احدهما انقص من الاخر لم يحصل التقابل من كل وجه اوصيانة لاموال الناس عن التوي لان احد البدلين
اذا كان انقص من الاخر كان التبادل مضيعا لفضل ما فيه الفضل او تتميما للفايدة باتصال التسليم به اي بالتماثل يعني
ان في النقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضا مماثلة كل منهما للاخر لتتميم فايدة العقد وهو ثبوت
الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدرا لا بيان المماثلة من حيث القبض
والاولى ان يقال لو لم يكن احد العوضين مماثلا للاخر لم يتم الفايدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حق
احد المتعاقدين وضررا في حق الاخر واذا كان مثلا للاخر يكون نفعا في حقهما فيكون الفايدة اتم بعد القبض لكونه نفعا
في حقهما جميعا ولقايل ان يقول هذه الاوجه الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه في ساير البياعات لانها لا
تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوي وتتميم الفايدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا يتخلف العلة عن
المعلول والجواب ان موجبها في الربو هو النص والوجوه المذكورة حكمية لا علية فلا يتصور التخلف واذا ثبت اشتراط المماثلة
لزم عند فواته حرمة الربوا لان المشروط ينتفي عند انتفا شرطه ولقايل ان يقول انما يلزم حرمة الربوا عند فوت شرط الحل
ان لم يوجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة
ما هو حرام لعينه او لغيره وهو يعني الكراهة فعند انتفا الحل ثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه اتم فليطلب
ثمة قوله والمماثلة بين الشيين بيان علية القدر والجنس لوجوب المماثلة وذلك لان المماثلة بين الشيين باعتبار الصورة

والمعنى

والمعنى وهو واضح المعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية تسوي المعنى فان كيلا من بر يساوي كيلا من بر من حيث القدر
والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير بيننا وبان صورة لا معنى ولقايل ان يقول قد تبين ان المماثلة شرط
لجواز البيع في الربويات وعليتها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب ان التعليل للشرط
لا يجوز لاثباته ابتدا واما بطريق التعدية من اصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب
الميزان وما نحن فيه كذلك لان النص اوجب المماثلة في الاشيا الستة شرطا فاثبتناه في غيره بتعديته فكان جايزا واذا ثبت
وجوب المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربو لان الربوا هو الفضل المتحقق لاحد المتعاقدين
في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد قوله ولا يعتبر الوصف يجوز ان يكون جواب سوال تقريره ان المماثلة كما تكون
بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا فاذا استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا
في المالية والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة في المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الا من باب اليسير وفيه نظر لانه لو كان
كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف اولان في اعتباره سد باب مطلق البياعات ولقوله صلى الله عليه وسلم جيدها
ورديها سوا وقوله والطعم والثمنية جواب عن جعل الطعم والثمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما مقتضيان خلاف
ما اضيف اليهما لانهما لما كانا من اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق الا ترى ان الحاجة اذا
اشتدت اثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف توثر في حرمة المباح بل سنة الله جرت في التوسع فيما كثر اليه الاحتياج
كالهوا والما وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا اي الاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفضل لوجود
المفسد فلا يكون المساواة مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل او الموزون
بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل او وزنا بوزن جاز البيع لوجود المقتضي وهو المبادلة المعهودة مع وجود شرطه وهو
المماثلة والمعيار كما ورد في الحديث وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا بانتفا الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد
بالردي الا مماثلا قال ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين اي مما يترتب على الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين
والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز لتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعد وجود المساواة في المساواة بالكيل
ولا كيل في الحفنة والحفنتين لانه لم يدخل تحت المعيار الشرعي وجب القيمة عند الاتلاف لا المثل فلو بقيت مكيلة او موزونة
لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي لا يجوز لان العلة الحرمة
عنده هو الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة ولا تفاحة
بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوي وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست
حفنات منها وهي لم يبلغ حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع بما دونه واما اذا كان احد البدلين
بلغ حد نصف الصاع والاخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه
متفاضلا كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال
فاذا عدم الوصفان اذا ثبت ان علة الحرمة شيان فاما ان يوجدا او يعدما او يوجد احدهما دون الاخر
فالاول ما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنسا لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما اشار اليه بقوله والاصل
فيه الاباحة يعني اذا كانت اصلا وقد تركت بوجود العلة التي هي القدر والجنس يظهر عند عدمهما لان العدم يثبت
ثانيا واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسا مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة الفضل
بالوصفين وحرمة النسا باحدهما حتى لو باع عبدا بعبد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية وقال الشافعي الجنس بانفراده
لا يحرم النسا لان النقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل بالاتفاق وحقيقة الفضل غير مانع من الجواز في الجنس حتى
جاز بيع المروي بالمرويين والعبد بالعبدين فالشبهة اولى قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النسا زيادة
فايدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن ان يقال انما خصه
بالذكر لان الحكم وهو حرمة النسا انما لم توجد عنده في صورة الجنس واما في صورة القدر فقد توجد فانه لم يجوز بيع الذهب
بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو ان التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام
عنده ولنا ما قال المصنف ان في الربوا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربو احقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك
والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى محل كالحقيقة ولا يجوز ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا
لكانت حقيقة او مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه ربو الشبهة مال الربوا من وجه
نظرا الى ان القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير او الجنس كالهروي مع الهروي اذا كان احدهما نقدا والاخر نسيئة وكل علة ذات
وصفين موثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلية يثبت بها شبهة الحكم والتعدية اوجبت
فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربو في محل صالح بعلة صالحة له وشبهة الربو مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين احدهما ما قيل
ان كونه من مال الربوا من وجه شبهة وكون النقد به اوجبت فضلا شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل

بالنصب مثلا بمثل
حرمة
نصف
لان
فيتحقق المماثلة بتحقق ... الدراهم السنة ... سوى الحفنة والحفنتين
لورود التقدير شرعا في صدقة الفطر ... فادنى ما يجري فيه الربوا ... نصف صاع

والثاني

عنه أن كون شبهة الربوا كالحقيقة إما أن يكون مطلقا أو في محل الحقيقة والأول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما
نحن فيه فيجب أن يكون الشبهة كذلك والجواب عن الأول أن الشبهة الأولى في المحل والثانية في الحكم وثمة شبهة أخرى وهي التي
في العلة وبشبهة العلة والمحل يثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثاني أن القضية غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة
وهو ما ذكرنا كما أن الحقيقة مانعة في محلها إذا وجدت العلة بكمالها فإن قيل ما بال المصنف لم يستدل للنهي بالأحاديث
التي تدل على كل واحد منهما كما استدل بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن النبي
صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن أشتري بعيرا ببعيرين إلى أجل لذلك فعن رحمه الله وبما روى أبو داود عن أبي النبي
عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لتنافي الجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويل
منعاه عن ذلك فإن قيل إجماع الصحابة رضي الله عنهم على حرمة النسأ فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب فالجواب
أن الخصم إن سلم الإجماع فله أن يقول إنهم أجمعوا على النسأ في كمال العلة لا في شبهها وقوله إلا أنه إذا أسلم استثناء من قوله فإذا وجد
أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النسأ فإن ذلك يقتضي عدم إسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن كإسلام الحديد
والصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لأنه وإن جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه أما
الأول فلأن الزعفران يوزن بالأمنا والنقود بالسنجات وهي معربة سنك ترازو ونقل عن الفراء أن السين أفصح ونقل عن ابن
السكيت الصيجات ولا يقال بالسين وأما الثاني فلأن الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين وأما
الثالث فلأنه لو باع بالنقود موازنة بأن يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار إليه على أنه عشرة دنانير مثلا
وقبضه البايع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط أنه منوان مثلا وقبله المشتري ليس له أن يتصرف فيه
حتى يعيد الوزن وإذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة فإن
الموزونين إذا اتفقا كان المنع للشبهة فإذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهي
غير معتبرة لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك
اللفظي ليس إلا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة وفي عبارة المصنف تسامح فإنه قال
فإذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال شمس الأئمة بل نقول إنهما في الوزن صورة لا معنى وحكما إلا إذا
حمل قوله صورة على أن معناه صورة صفة كما قال في أول التعليل في صفة الوزن صورة لا معنى وحكما إلا إذا حمل قوله صورة
على أن معناه صفة كما قال في أول التعليل في صفة الوزن فذاك اعتبار زائد على ما ذكره شمس الأئمة وقال العراقيون في وجه
ذلك إنما جاز لأن الشرع رخص في السلم والأصل في رأس المال هو النقود فلو لم يجز لوجود الوصفين لانسد باب السلم
في الموزونات على ما هو الأصل والغالب فاتت شرعية الرخصة في التجويز وهذا الظاهر من الوفاق قال شمس الأئمة ولكن هذا
كلام من يجوز تخصيص العلل ولسنا نقول به قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما نص رسول الله صلى الله عليه
وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والتمر والملح فهو مكيل أبدا وإن ترك الناس فيه الكيل وكل ما نص على تحريم
فيه وزنا كالذهب والفضة فهو موزون أبدا لأن النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف
ليس بحجة إلا على من تعارف به والأقوى لا يترك بالأدنى وما لم ينص عليه فهو محمول على العرف لأنها أي عادات الناس دلالة على جواز
الحكم فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن أبي يوسف اعتبار العرف على خلاف المنصوص
عليه أيضا لأن النص على ذلك أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان للعادة فيه فكان المنظور إليه
هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك فعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا أو
ذهبا بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده إذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن تعارفوه لتوهم الفضل على ما هو
المتعارف إذا باع مجازفة لكن يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي لوجود الإسلام في معلوم وإن المماثلة
ليست بمعتبرة فيه إذ المعتبر هو الإعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة
أنه ذكر في المحرر عن أصحابنا أنه لا يجوز فكان في المسئلة روايتان قال وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني الرطل
بالكسر والفتح نصف من والأواقي جمع أوقية كالأثفية وإنما قيل هي وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح أنه أربعون درهما
والظاهر أنها تختلف بالزمان والمكان وكل ما يباع بالأواقي وزنا بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لأنه قدرت يعني أن
سائر المكاييل لم تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا إذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله
لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وإنما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لأنه إذا جعل
عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كلا الرطل فهو موزون ثم قال يريد به الأدهان ونحوها لأن الرطل إنما يعدل
بالوزن لأنه يشق عليهم وزن الدهن بالأمنا والسنجات في كل وقت لأنه يستمسك الأواني وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذ
الرطل لذلك تيسيرا فعرفنا أن كيل الرطل موزون فيجوز بيع الموزون به وإن الإسلام فيه بذكر الوزن قال وعقد الصرف
ما وقع على جنس الأثمان أي عقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان وهي النقود ويعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس قوله يعتبر

خبر أن لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وقد تقدم دلالته
على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان وفسره بقوله يدا بيد
جرا إلى إفادة معنى التعيين كما نبين وما سوى جنس الأثمان من الربويات يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعي في
بيع الطعام أي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كر حنطة بكر حنطة أو بغير جنسه ككر حنطة بشعير أو تمر فإنه إذا افترقا قبل
قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لأن القبض
يستلزمها لكونه آلة له تعني كناية وبأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيثبت شبهة الربوا كالحال والمؤجل
ولنا أن ما سوى الأثمان مبيع متعين لأنه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة
وغيرها وهذا إلى عدم اشتراط القبض فيما يتعين لأن الفائدة المطلوبة بالعقد إنما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب
على التعيين فلا يحتاج إلى القبض فإن قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف أجاب بقوله بخلاف الصرف فإن القبض
فيه ليتعين به فإن النقود لا يتعين في العقود قوله ومعنى قوله عليه السلام جواب عن استدلال الخصم بالحديث فإنه إذا كان
معناه عينا لم يبق معناه دليلا له على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه
الدلالة أن اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالإجماع المركب أما عندنا فلأن الشرط هو
التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حمل أحدهما على الآخر وقوله يدا بيد يحتمل أن يكون المراد به القبض
لأنه آلته كما تقدم وأن يكون التعيين لأنه إنما يكون بالإشارة باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم
ولا يقال لو حملكم العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في
بيع الطعام لأنا نقول جعلناه في الصرف لا بمعنى القبض لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو بمعنى العين في المحال كلها
تعيين كل شيء بحسبه ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إناء ذهب بيع بإناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين
فإن الإناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط وأجيب بأنه وإن تعين لكنه لما كان ثمنا خلقة كان فيه شبهة عدم
التعيين والشبهة في الربوا كالحقيقة فاشترط القبض دفعا لها واعترض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقتكم فإن الأثمان
لا تتعين وأما الشافعي فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب أنه ذكره بطريق المبادي ها هنا لثبوته بالدليل
الملزم على ما عرف في موضعه وقوله وتعاقب القبض جواب عن قوله ولأنه إذا لم يقبض في المجلس ووجهه أن المانع تعاقب
بعد تفاوت في المالية عرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لأن التجار لا يفضلون في المالية بين المقبوض في
المجلس وغيره بعد أن يكون حالا معينا قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا
جاز إن كانا موجودين لانعدام المعيار وإن كان أحدهما نسيئة لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النسأ فإن قيل الجوز والبيض
والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين أجيب بأن التماثل في ذلك إنما هو باصطلاح الناس
على إهدار التفاوت فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان وأما الربوا فهو حق الشرع فلا يعمل فيه اصطلاحهم فيعتبر
الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا أو كبرا أو خالفنا الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين
بأعيانهما بيع الفلس بجنسه متفاضلا على أوجه بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين
بأعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع أما الأول فلأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على
إهدار قيمة الجودة منها فيكون أحد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربوا وأما الثاني فلأنه لو
جاز أمسك البايع الفلس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض وأما الثالث فلأنه لو جاز قبض البايع الفلسين
ورد إليه أحدهما مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر له بلا عوض وأما الوجه الرابع فيجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف
وقال محمد لا يجوز لأن الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما
على غيرهما فبقيت أثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما إذا كانا بغير أعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين
وبهذا يتبين أن الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما إذا اشترى ثوبا
بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية
لغيرهما عليهما وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما لذلك إذ لا ولاية لغيرهما عليهما وما ثبت باصطلاحهما في حقهما
يبطل باصطلاحهما لذلك واعترض عليه بأنها إذا كسدت باتفاق الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا يكون عروضا
أيضا باصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الأصل فلا يجوز أن يكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الأصل
وأما إذا اصطلحا على كونها عروضا كان ذلك على وفاق الأصل فكان جائزا وإن كان من سواهما متفقين على الثمنية
وفيه نظر لأنه ينافي قوله إن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير من سواهما متفقين على الثمنية وإذا
بطلت الثمنية فلعودها عروضا يتعين بالتعيين فإن قيل إذا كانت عروضا عادت وزنية فكان بيع فلس
بفلسين بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز أجاب المصنف بقوله ولا يعود وزنيا لأنهما بالإقدام على هذا العقد

ومقابلة الواحد بالاثنين اعرض عن اعتبار التمييز دون العد حيث لم يرجع الى الوزن ولم يكن العد ملزوم التمييز حتى ينتفي بانتفائه فبقي معدود او استدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم ولو ضم الى ذلك والاصل حمله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقا او في غير الربويات والاول مم والثاني لا يفيد قوله فصار كما يجوزه بالجوز تبين بان لا نفي كون العد به عن التمييز وقوله بخلاف النقود جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للتمييز خلقة لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما وقوله وبخلاف جواب عما اذا كانا بغير اعيانهما فان ذلك لم يجز لكونه كالئا بكالئ اي نسيئة منهي عنه وقوله وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه جواب عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النسا قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهة الربوا لانهما مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهما اي الدقيق والسويق من اجزاء الحنطة لان الطحن لم يوثر الا في تفريق الاجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئا اخر زائلة من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدل الصورة واختلفت المعاني فان ما يتخذ من الحنطة والشعير لا يتخذ من الدقيق فانه تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق وربوا الفضل بين الحنطة والشعير والحنطة كانت ثابتة قبل الطحن ويصير بعد زواله دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو اما ان يكون الدقيق حنطة او لا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والاول يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك اجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة من احتمال الزيادة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل قيل حرمة الربوا حرمة تتناهى بالمساواة في الاصل وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع تثبت حرمة لا تتناهى فصار حال الفرع زائدا على ما عرف واجيب بان حرمة الربوا تتناهى بالمساواة في الحقيقة او في الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة النسا لا تتناهى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني ويجوز ان يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا تتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المساواة ومتساويا وكيلا قيل حالان مترادفان لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكون مترادفين وفائدة ذكر الثانية نفي توهم جواز المساواة وزنا حكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل ان بيع الدقيق بالدقيق انما يجوز كيلا اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء حنطة غير مقلية والسويق اجزاء مقلية فكان لا يجوز اجزاء البعض بالاخرى لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع اجزاء البعض باجزاء البعض الاخر وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن او العسل ويشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية والعلكة بالمسوسة التي اكلها السوس المقلية هي المشوية من قلي يقلي اذا شوى ويجوز مقلوة من قلي يقلو العلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها تمتد من غير انقطاع والمسوسة العثة دودة تقع في الصوف والثياب والطعام حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان بيع اللحم بالحيوان على وجوه منها اذا باعه بالحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما يبين ومنها ما اذا باعه بحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق اذا كانا متساويين في الوزن والا فلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول اكثر وهو جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف غير جائز عند محمد الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربوا اما من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن فصار كالحل اي الشيرج بالسمسم ولهما انه اذا باع الموزون بما ليس بموزون لان اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وحقيقة بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بضرب قوة فيه فلا يدري كم ان الشاة حققت نفسها او يوزن التجيد وهو ثقله وهذا في الحقيقة جواب عما يقال ان السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك ان الوزن لا يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والتجيد علمت بخلاف مسئلة الحل بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين التجيد وهو ثقل كل ما يعصر كذا في المجمل ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لان الحل والسمسم يوزنان ثم تميز التجيد ويوزن فيعرف قدر الحل من السمسم والحيوان لا يوزن في الابتداء اذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنس لان الشاة اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة فالبيع فيه جائز متفاضلا بعد ان يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك اجيب بان النسيئة ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كان في البدل الاخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل يعني بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل جوزه ابو حنيفة خاصة وقالا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم

نبيه وهو صح

لا كتناز اجزاء الدقيق بالبعض بالاجزاء

لعم

وهو ايضا بالاتفاق ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب ش

مقال

في حديث سعد بن ابي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر وقال اينقص اذا جف فقيل نعم قال لا اذا اي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك وقول قال عليه السلام لا هو الدليل ولابي حنيفة المنقول والمعقول اما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سمى الرطب تمرا حين اهدي رطبا فقال او كل تمر خيبر هكذا او بيع التمر بمثله جائز لما روينا من الحديث المشهور واما المعقول فما روي ان ابا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا اشداء عليه لمخالفته الخبر فقال لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا فان كان تمرا جاز العقد باول الحديث يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقل واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعترض بان الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما ان تكون حنطة فيجوز باول الحديث او لا تكون فيجوز باخره فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا من اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين ينعقد صورتها الى ان يدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز ان يقال انه حنطة قوله فيجوز باول الحديث قلنا انما جاز ان لو ثبت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قيل ان القلي صنعة يعرفها الاعواض فصار كمن باع قفيز الحنطة بقفيز ودرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث واما الراجع الى صنع العبد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة فكل تفاوت يبتني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها وعن الحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والرديء والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالتوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل ابي حنيفة وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا في جواز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا اي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي لانه يرى التفاوت في اعدل الاحوال اعني عند الجفاف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولنا ان بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة او الحنطة الرطبة بالمبلولة او اليابسة او التمر المنقع بالمنقع او الزبيب المنقع بالمنقع من انقع اذا القي في الخابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف وموضعه حديث سعد وابو حنيفة يعتبرها في الحال عملا باطلاق الحديث المشهور وكذلك ابو يوسف الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد الى الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى اخرها وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيه في اعدل الاحوال وفيها في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين او احدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولقائل ان يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليه وهو لا يتبدل قال ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لانه تمر لما بينا ان التمر اسم لثمرة النخل من اول ما ينعقد صورته وبيعه به متساويا من حيث الكيل يدا بيد جائز بالاجماع وبيع الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة قوله والكفرى عددي متفاوت قيل هو جواب سؤال تقديره لو لم يكن تمرا لجاز اسلام التمر في الكفرى لكنه لم يجز وتقرير الجواب انه عددي متفاوت بالصغر والكبر وتتفاوت احاده في المالية فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل ان يتغير شيرج وهو تعريب شيره والمراد به هاهنا ما يتخذ من السمسم واعلم ان المجانسة بين الشيئين يكون تارة باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالاخر فلا يخلو اما ان يعلم قيمة ما يستخرج من الزيتون او لا والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالمتحقق في هذا الباب والاول اما ان يكون المنفصل اكثر او لا والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والتجير ان نقص المنفصل من المستخرج من الزيت والتجير وحده ان ساواه على تقدير ان يكون التجير ذا قيمة واما اذا لم يكن كما في الزبد بعد اخراج السمن اذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز هو المروي عن ابي حنيفة والاول جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم ولا يجوز بيع الزبد بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار وللقائل ان يقول السمسم مثلا يشتمل على الشيرج والتجير فاما ان يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجوز فيجب جواز الشيرج وزنا والسمسم كيلا او من حيث الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهنين

سمي به

لا تعارض

العبارة

قوله

ق

واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد اذ لم يكن تفاوتا في المعقود عليه

بيع به

والتجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة اكرار حنطة وكر شعير او يكون احدهما اما الدهن او التجير
منظورا اليه فقط والثاني منتف عادة والاول يوجب ان لا يقابل التجير شيء من الدهن وليس كذلك والجواب ان المنظور اليه
هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا فقوله صرفا لكل واحد من الدهن والتجير الى خلاف
جنسه قلت ذلك اذا كانا منفصلين خلقة كما في مسئلة الاكرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والتجير ليسا كذلك واختلفوا
في جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان اصلهما
واحد وكلاهما موزون وان خرجا من الوزن او خرج احدهما من الوزن لا باس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضي خان
وبيع الغزل بالثوب جايز والكرباس بالقطن جايز كيف ما كان اجماعا وهذا يخالف ما روي عن محمد رحمه الله ان بيع الثوب
بالقطن لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا قال ويجوز بيع اللحمان كل ما يكمل به نصاب الاخر من الحيوان
في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس والبخاتي والعراب والمعز والضان فلا يجوز بيع لحم احدهما
بالاخر متفاضلا فكل ما لا يكمل نصاب الاخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر والغنم والابل فيجوز بيع لحم احدهما بالاخر متفاضلا
وكذلك الالبان والخلول ان قيل ان المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا اولنا انها
فروع اصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفروع ضرورة كالادهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك
اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور فان بيع
لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس بوزني ولا كيلي فلم يتناوله القدر
الشرعي وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا قوله اذا لم يتبدل بالصنعة قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع
والاجزاء اذا لم يتبدل الاجزاء بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة يكون مختلفة واذا كان الاصل متحدا كالهروي والمروي وفيه
نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادها فكانه قال اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم يتبدل بالصنعة
فلا يوجبه وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما
في الاصل وهو القطن كذلك يؤثر في اتحادها مع اختلاف الاصل كالدراهم المغشوشة المختلف الغش مثل الحديد والرصاص
اذا كانت الفضة غالبة فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال ولذا خل الدقل بخل العنب الدقل
هو اردى التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جايز يدا بيد وكذا حكم ساير التمور ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا
اجرى الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل لاختلاف بين اصليهما ولهذا كان عصير احدهما يعني الدقل والعنب جنسين
بالاجماع وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد في بيع احدهما بالاخر متفاضلا وهذا يشير الى ان اختلاف
المقصود كما يتبدل بالصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود هو المقصود واختلافه يوجب التغير واختلاف
المقصود فيهما ظاهر فان الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمنسوج والصوف يتخذ منه اللبود والقلانس اذ يقال لو اختلف
الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما واحد فكان الجنس متحدا الا انا لا نسلم
ذلك فان لبن البقر قد يضر حيث لا يضر لبن الغنم فلا يتحد المقصد اليهما والاولى ان يقال قلنا اختلاف المقصود قد يوجب
اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول فالاصل ان يوجب
اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء او الفروع الا عند التبدل بالصنعة وان يوجب اتحاد الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل
بالصنعة او اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا تبين انه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل والمسقط
ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد للمعروف وبالنظر الى المقصود جنسان فينبغي ان لا يجوز التفاضل
بينهما في البيع ترجيحا لجانب الحرمة لان المقصود راجح قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم بيع شحم البطن بالالية
او باللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فلان
الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا اشكال في ذلك عند تصور هذه الاشيا واما اختلاف المعاني فلانه ما يفهم
منه عند اطلاق اللفظ وهي مختلفة لا محالة واما اختلاف المنافع فلانها كما قاله الطبيب قال ويجوز بيع الخبز
بالحنطة بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما ان يكون حال كونهما نقدين او حال احدهما نقدا والاخر نسيئة فاذا كان الاول جاز
لانه صار عدديا او موزونا بالخروج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيل فاختلف الجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى
وروي عن ابي حنيفة انه لا خير فيه اي لا يجوز والترتيب للمبالغة في النهي لانه ذكره في سياق النفي فعم نفي جميع جهات الخير
وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون الحنطة او الدقيق نسيئة او الخبز فان كان الاول جاز لانه اسلم موزونا في مكيل يمكن
ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز عند ابي يوسف لانه اسلم في موزون ولا يجوز عندهما كما يذكر في المصنف
والفتوى على قول ابي يوسف وهذا ابعد عن قوله وكذا السلم في الخبز جايز في الصحيح يعني قول ابي يوسف وانما كان
الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى كيلا يصير مستبدلا بالمسلم
فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند ابي حنيفة عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ

والرقة

والرقة وبالخبار باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور في كونه جديدا فيجي خبزه جيدا او عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتاخر
في التاخر فانه في اول التنور لا يجي مثل ما يجي اخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عددا او وزنا
وتنزل قياس السلم فيه للتعامل وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في احاده قال ولا ربوا بين
المولى وعبده لا ربوا بين المولى وعبده الماذون الذي لا دين عليه يحيط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق
البيع فلا يتحقق الربوا فعدم تحقق الربوا لعدم وجود البيع بحقيقته في دار الاسلام مشتملا على شرايط الربوا او لبيان
على عدم جواز البيع واذا كان عليه دين تحقق الربوا لان ما في يده ليس ملكا لمولاه عند ابي حنيفة وعندهما وان كان
ملكا له لكن لما تعلق به حق الغرما صار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا ربوا
بين المسلم والحربي في دار الحرب لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والشافعي
لهما الاعتبار بالمستامن من اهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهمين بدرهم لا يجوز فكذا اذا
دخل المسلم ارض الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع ولابي حنيفة ومحمد
ما روي عن مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال اهل
الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستامن انما منع من اخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي ماله
برضاه زال المعنى الذي حظر لاجله قوله بخلاف المستامن جواب عن قياسهما وتقريره ان المستامن منهم في دارنا لا يحل لاحد اخذ ماله
لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضا المدة

باب الحقوق

قيل كان من حق مسايل
هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع الا ان المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب فيما هو من
مسايله وهناك هذا وقع فكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسايل البيوع قال ومن اشترى
منزلا فوقه منزل ذكر ثلاثة اسامي المنزل والبيت والدار وفسرها ليتبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصريح ما
يدل على المرافق ودخولها وعدمه فالدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار والبيت
لانه يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب فاذا عرف هذا فمن اشترى منزلا فوقه منزل لا يدخل
الاعلى في العقد الا ان يشتريه ويصرح بذكر الاشيا احدى هذه العبارات الثلاث بان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل
او كثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت وذكر احدى العبارات الثلاث لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها
ولم يذكر شيا من ذلك دخل فيه العلو والكنيف وهذا لان الدار لما كانت اسما لما ادير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما
هو من توابع الاصل واجزايه دخل فيه والبيت لما باينه فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص بذكره والا لكان الشيء تابعا
لمثله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف بخلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان المراد
بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد
اذ في وضع المسئلة الاشيا ملزومة ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعير اعرتك لم يتناول عارية المستعير
اصلا ولا تبعا ولا اصالة وانما ملك الاعارة لانه تمليك المنافع ومن ملك شيا جاز ان يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف
المستعمل حذرا عن وقوع المغيرة والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان احق بتصرف ما يوصله الى مقصوده في كتابة عبده
تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جايزة فاما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما اخذ حظا من الجانبين فلشبهه بالدار
يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في ذلك جميعه اي
الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل ويقال
معناه ان البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا
بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه من توابعه ولا تدخل الظلة وهي الساباط الذي يكون
احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الاخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير
لقاضي خان وفي المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند ابي
حنيفة لانه مبني على هوا الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا يعني من العبارات
المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف وقوله ان كان مفتحه في الدار تصحيح لما قال قاضي خان للظلة فانه جعل المفتح في الدار
قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان
يذكر احدى العبارات المذكورة وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول ودخل
بذكر التوابع اي بقوله كل حق نظرا الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل في استيجار الدور والمسيل والشرب
في استيجار الاراضي وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع ولهذا لا يصح فيما لا ينتفع به في الحال
كارض السبخة والمهر الصغير ولا انتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذ المستاجر
لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فلا بد من الدخول تحصيلا للفايدة المطلوبة منه واما البيع فلتمليك العين لا المنفعة

ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشتري الطريق والثوب والمسيل عادة ووحده الصغير لكل واحد او بتاويل المذكور وقد يحتاجها ايضا وقد يكون مقصوده التجارة فيبيعه من غيره فيحصل الفايدة المطلوبة

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى قال ومن اشترى جارية فولدت عنده ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا اقام بها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البايع ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها ومتفرعا عنها وهي مملوكة فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير فيثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر به المستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البايع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد اما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر انه كان كذا في النهاية نقلا عن التمرتاشي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا ام لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستبدا فلا بد من الحكم له قيل وهو الاصح لان المسايل تشير الى ذلك قال محمد اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوايد لم يدخل الزوايد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غايب فلا لقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر رجل قال لآخر اشترني فاني عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو اما ان يكون البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة واما ان يكون غايبا غيبة منقطعة لا يدرى اين هو فان كان الاول فليس له على العبد شيء وان كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البايع وان لم يقل اشترني او قال ذلك ولم يقل اني عبد ليس على العبد شيء في قولهم وان قال ارتهني فاني عبد فوجده حرا لم يرجع المرتهن على العبد بحال اي سوا كان الراهن حاضرا او غايبا غيبة غايب وعن ابي يوسف انه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما ان يكون بالمعاوضة او بالكفالة وليس بشيء منهما بموجود وان الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسيلة الثالثة ولهما ان المشتري اعتمد في شراه على امره بقوله اشترني وقوله اقراره بالعبودية بقوله فاني عبد اذ القول قوله في الحرية حين اقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك المعتمد على الشيء بامر الغير واقراره مغرور من جهته والمغرور في المعاوضات التي يقتضي سلامة المعوض جعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كالمولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي قد اذنت له في التجارة فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته اهل للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البايع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه فوله والبيع عقد معاوضة وان صرح به مع كونه معكوسا من قولهم ان المشتري شرع في الشرا التمهيد للجواب عن الرهن واحتيج ما يتبين ان اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سال غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه امن فسلكه فاخذه لصوص سلبوا امواله لم يضمن المخبر شيا لانه غرور في ما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفا عين حقه ولهذا اجاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه واذا هلك يتم به الاستيفا ولو كان معاوضة لكان استبدالا ببدل الصرف او بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لا يجعل الامر به ضامنا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسيلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد هاهنا لما قال للمشتري فاني عبد اما ان يدعي الحرية اولا والاول متعذر للتناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب ان قول محمد رحمه الله في اذا العبد يحتمل حرية الاصل والحرية العارضة فان اراد الاول فله وجهان احدهما ما قال له علماء المشايخ ان الدعوى ليس بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهادة في ذلك مقبولة بلا دعوى لما فيه من تحريم فرج الام وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة واذا لم يكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا والثاني ما قال له بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل ايضا عنده لكنه تعذر في التناقض لخفا حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفا فالتناقض فيه معفو كما يذكر وان اراد الثاني فله الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لثباته على الخفا اذ المولى مستبد به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم علم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج يتفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت واما فيد بالثلاث لان فيما دونها امكن ان يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته المراة ببينتها قبل يوم او بيومين واما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المراة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعدما اقاما البينة على ما ادعياه قال ومن ادعى حقا في دار رجل ومن ادعى حقا في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الا ذراعا منها

لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شيء رجع بحسابه اذا التوفيق غير ممكن وان ادعى كلها لان ادعى كل الدار ولم يسلم فيقسم المائة لان البدل ينقسم على المبدل ودلت المسيلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جايز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة وقد دلت ايضا على ان صحة الدعوى ليس بشرط لصحة الصلح لان دعواه الحق في الدار لا يصح لجهالته ولهذا لا يقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تصح ويقبل البينة والله اعلم بالصواب

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق ان يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك بغير اذني فهو عين بيع الفضولي والفضول بضم الفا لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا فايدة فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفا خطأ قال ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك واحمد في رواية وقال الشافعي لا يعقد وهو رواية عن احمد لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اما انه تصرف تمليك من قبيل اضافة العام الى الخاص كعلم الفقه فلانه اعم من ذلك وانما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب الشرعية احكامها فاذا لم يفد التصرف التمليك كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بقدر دليله وهذا التصرف لما كان موقوفا لما نذكر افاد حكما موقوفا كما ان السبب البات افاد حكما باتا لو ان السبب انما يلغو اذا خلا عن الحكم فاما اذا تاخر فلا كما في البيع بشرط الخيار واما صدوره من الاهل فلان اهلية التصرف بالعقل والبلوغ واما المحل فلان محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا يتغير المالية والتقوم الا ترى انه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا واما وجوب القول بانعقاده فلان الكلام عند تحقق المقتضي لا يمتنع الا بالمانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين اما المالك فلانه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن واما الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغا واما المشتري فظاهر فيثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع فان قيل القدرة بالملك او بالاذن ولم يوجدا اجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم الا ترى ان بيع الآبق والطير في الهوى لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبع نهي عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي في كتاب الوكالة قال ثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط ثنا سفيان بن عيينة قال اخبر بالحي عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا يشتري به اضحية فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم له بالبركة فكان لو اشترى ترابا لربح فيه لا يقال عروة البارقي كان وكيلا مطلقا بالبيع والشرا لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بطريق النقل والمنقول انه عليه السلام امره ان يشتري له اضحية ولو كان لنقل على سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شرا الفضولي كبيعه اولا اجيب بان فيه تفصيلا وهو ان الفضولي ان قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعته فقال الفضولي اشتريت او قال المالك ابتدا بعت هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت او قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضى الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتيج الى الايقاف على رضى الغير والى هذا الوجه اشار المصنف بعد بقوله والشرا لا يتوقف على الاجازة وقوله وله اي للمالك الاجازة اعلم ان الفضولي اما ان يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف بغير عينه واما ان يبيع بثمن عين فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان اجازته كالاجازة بعد قيام اربعة جاز البيع لما ذكر ان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البايع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك في يد الفضولي وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة اشيا ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد فيما نفذ البايع بايع ثمنا لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن لان الثمن اذا كان عرضا صار البايع من وجه مشتريا والشرا اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكما ان للمالك الفسخ فكذا الكلام للفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله ان يحترز عن التزام العهدة بخلاف

لم

بجو والام

كلامه
ويحرم
از التحقيق
قال حدثنا عن شيب
لاجله
الثمن
اعانة

العضولي في النكاح فان فسخه قبل الاجازة باطل لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه سفير فاذا تعبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة
الاجنبي ولو فسخت المراة نكاحها قبل الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن
دينا او عرضا لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره واستشكل بما اذا تزوجت امة لرجل فدوطيها
بغير اذنه فات المولى قبل الاجازة وورثها ابنه فان النكاح يتوقف على اجازة الابن فان اجاز صح والا فلا فهذه فضولية وتوقف
عملها على اجازة الوارث واجيب بان عدم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لانه يبطله وههنا لم يطر الحل البات
حل بات لكونها موطوءة الاب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث اذ هو قايم مقام المورث حتى لو لم يكن موطوءة الاب بطل نكاحها
ولو اجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع في قول ابي اولا وهو قول محمد لان الاصل
بقاوه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا
يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذ الاصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا
لم يتيقن اجيب بان الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء
فلا يصلح له حجة قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري قيل جرت المحاورة في هذه المسئلة بين
ابي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب قال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز
وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جائز وصورتها ما ذكره في الكتاب ومن غصب عبدا فباعه
واعتقه المشتري ثم اجاز المالك البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه
لا عتق بدون الملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ولا ملك ههنا لان الموقوف لا يفيد الملك
في الحال وما يثبت في الاخرة فهو مستند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير مصحح للاعتاق اذ المصحح له هو الملك
الكامل المدلول عليه باطلاق ما روينا ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو
الرقبة والملك فيها كامل واستوضح المصنف بفروع يتونس ذلك وهو قوله ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي
الضمان وهو راجع الى قوله لانه لا عتق بدون الملك وقوله ولا ان يعتق المشتري في الخيار للبايع ثم يجيز البايع وهو راجع
الى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب يعني ان المشتري من الغاصب اذا
باع من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع فكذلك اذا اعتق ينبغي ان يكون كذلك مع ان البيع اسرع
نفاذا من العتق الا ترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ
ما هو اسرع نفوذا فلان لا ينفذ غيره اولى وقوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان
ولهما ان الملك فيه يثبت موقوفا والاعتاق يجوز ان يثبت موقوفا على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه يثبت فلوجود
المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك وانتفاء المانع وهو الضرر واما انه موقوف فلما تقدم واما ان الاعتاق
يجوز ان يتوقف على ذلك فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على
اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضي الديون بعد ذلك بجامع كونه اعتاقا في ملك
موقوف وهذا ابعد من الاول ذكره المصنف للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لافادة
الملك وعلى هذا الخ جواب محمد على المسايل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب ليس
موضوعا لافادة الملك قال في النهاية ولهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه ان يقال لما كان غير موضوع لافادة
الملك وجب ان لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لما ان كلا من جواز البيع وجوازه
العتق يحتاج الى الملك والملك ههنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا اعتق
ثم ضمن القيمة لان المستند بحكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوايد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون
العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوايد المتصلة
والمنفصلة ولو قدر في كلام المصنف مضاف اي غير موضوع لافادة حقيقة الملك لتساوى الكلامان على انه ليس بوارد
لان البيع لا يحتاج الى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبايع جواب عن
المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على انى بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران
الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به اصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق
به معدوم قبله وقوله وبخلاف المشتري من الغاصب جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان بالاجازة يثبت للبايع ملك
بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث من
وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا فاذا طرأ الملك الذي ثبت للغاصب
باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف الثاني ان طرو الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا
له لكان مانعا عن الموقوف لان الدفع اسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك بات فكان

يجب ان

ان يمنع بيع الفضولي وليس كذلك واجيب عن الاول بان ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال
حق المشتري وعن الثاني بان البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود
اما المالك اذا اجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فابطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان
في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لا منع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طرو الملك البات يبطل
الموقوف وليس ملك المالك طاريا حتى يتوجه السوال وقوله اما اذا ادى الغاصب الضمان جواب عن الرابعة وتقريره اما اذا
ادى الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه
على طريقة الاستحسان فالعتق اولى قال المصنف وهو الاصح ولين سلم فنقول هناك الملك للمشتري يملكه من جهة
الغاصب وحقيقة الملك لا يستند للغاصب كما تقدم فكيف يستند لمن يتملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند
الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد قال
واذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب واخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان
الملك بالاجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له
لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
فتبين ان الملك لقطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فانه لم
يسلم المالك المبيع اخذ جميع ذلك منه لان ملكه قد بقي متقررا فيها والكسب والارش والولد لا يملك الا بملك الاصل واعترض
بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأة
امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الزوج فاجاز صح التفويض دون التطليق وان ثبت الحكم لها من حين التفويض
حكما للاجازة واجيب عن الاول بان الملك في المغصوب يثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا
يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف يتوقف حكمه على شي ان يجعل معلقا بالشرط لا سببا
من وقت وجوده متراخيا حكمه الى وقت الاجازة فعندها يثبت الملك من وقت العقد والتفويض ما يحتمله فجعل الموجود من
الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يصير كانه وجد الان فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه اي كون الارش للمشتري
حجة على محمد في عدم تجويزه الاعتاق في الملك الموقوف لانه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة
كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند اداء الضمان والعذر اي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق
الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري
والخيار للبايع ثم اجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري
فيما اذا كان الخيار للبايع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البايع لانه ليس بمطلق وقران الشرط انعقاده
وكذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري
من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وقوله على
ما مر اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل لان هذا اقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل
في ضمانه لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة
الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع
وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفي الكافي ان لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزايد
على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك
لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت بطريق الاستناد وكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا الخ كالتوزيع
الوجهين في الكتاب على الاعتبارين قال فان باعه المشتري من اخر يعني ان باع المشتري من الغاصب من شخص
اخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ان الاجازة تثبت للبايع ملكا باتا والملك البات اذا طرأ على
ملك موقوف لغيره ابطله ولان فيه غرر الانفساخ على عدم اعتبار الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به قيل
هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع
ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك
المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى المتقدم لنفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بجواز الموقوف عملا بهما لان ابطال
الغرر محرم فيترجح لان الصحة في العقود اصل فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار المتروك اجماعا
وهو ان لا يصح بيع اصلا لا سيما في المنقول لانه لا يخلو عن احتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض واما غرر الانفساخ
فيما نحن فيه فلم يعارضه اذ المشتري الاول لم يملكه حتى يطلب مشتريا اذ فيجد البيع الثاني لغرر الانفساخ
فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه لا يؤثر فيه الغرر الا ترى ان البيع قبل القبض في المنقول لا

لا يصح لنفوذ الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل اي فان لم يبعه المشتري من الغاصب فمات في يده او قتل ثم اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت او القتل بامتناع ايجاب البدل للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل البدل لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح ان يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار ان اختار البدل كان البدل للمشتري قال ومن باع عبد غيره بغير امره رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشتري اراد البيع لانك بعتني بغير امر صاحبه وجحد البائع ذلك فقال فاقام المشتري البينة ان رب العبد او البائع اقر انه لم يامر البائع ببيعه لا تقبل بينته لانها تنبني على صحة الدعوى فان ظهر البينة والاقرار وههنا بطلت الدعوى للتناقض لان اقدام المشتري دليل على صحة الشرا وان المبيع ملك البائع ثم ان دعواه بعد ذلك انه باع بغير امر صاحبه دليل على عدم صحة الشرا او ان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزم صحتها لقبول البينة وان اقر البائع بذلك اي بانه باعه بغير امره بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا ترى انه لو انكر شيئا ثم اقر به صح اقراره الا ان الاقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز ان ينتقض وذكر المصنف مسئلة الزيادات نقضا على مسئلة الجامع الصغير وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري على ذلك ثم اقام البينة على البائع انه اقر بان المبيع لهذا المستحق تقبل بينته وان تناقض في دعواه قال وفرقوا اي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه المسئلة اي في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع وفي تلك اي مسئلة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع له للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه قيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات ايضا في ان العبد في يدي المشتري ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى والاولى ان يقال ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير فلم يقبل للتناقض وفي مسئلة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شي سوا هذا بعد ان تاملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع اي مع الصغير ممكن لجواز ان يكون المشتري اقدم على الشرا ولم يعلم بافراد البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بان قال عدول سمعناه قبل البيع اقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى باق بحاله بان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به من حيث الظاهر وكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان فجرينا اليه قال ومن باع دار الرجل قيل معناه باع عرصة غيره بغير امره وادخلها المشتري في بنائه قيل بعد قبضها وانما قيد بالادخال في البنا اتفاقا لم يضمن البائع اي قيمة الدار عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وكان يقول اولا وهو قول محمد وهو مسئلة غصب العقار على ما سياتي ان شا الله

هو قول محمد

باب السلم

لما فرغ من انواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين او احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقد قدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض احد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع معجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقها هو اخذ عاجل باجل قيل هو بالمعنى اللغوي الا ان في الشرع زيادة شرايط ورد بانه السلف اذ ابيعت بثمن وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ويجعل بيع اجل بعاجل الا ان يدفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لاخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة او اسلفت فقال الاخر قبلت ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والاخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرايط جوازه سنذكره في اثنا كلامه ان شا الله تعالى قوله السلم عقد مشروع بالكتاب دل على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين موجل فاكتبوه وفايدة قوله مسمى الاعلام فان من حق الاجل ان يكون معلوما وجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله احل السلف المضمون وانزل فيها اي في السلف اطول اية في كتاب الله وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الاية فان قيل الاستدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به قوله والمضمون صفة مقررة للسلف كما في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا فمعناه الواجب في الذمة واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس ياتي جوازه لانه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه

بالنص

بالنص قوله وهو جايز في المكيلات والموزونات لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في شي كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والوجوب ينصرف الى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لا محالة فان قيل من اسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع واما الحديث مستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانها اثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيها ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن موجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للمعاني والاول قول عيسى ابن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش وهذا الاختلاف فيما اذا اسلم حنطة او غيرها من العروض في الدراهم والدنانير لتمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم موجلة بنا على انهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم او في دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجباه في المسلم فيه وهو ما اذا كان من الاثمان لا يصح تصحيحه لانها لا تكون مثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما اوجباه فلا يكون تصحيحا قال وكذا في المذروعات لانه قد يمكن ضبطها به اي بجواز السلم في المكيلات والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بها وعلى هذا التقدير سقط ما قيل الشي انما يلحق بغيره دلالة اذا ساواه من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكيل والموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا اذ الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا او مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا تبع ما ليس عندك فالجواب ان لا نسلم صلاحيته لما ذكرت للتخصيص لان القران شرط له وهو ليس بموجود سلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا المعدودات المتقاربة وهي التي لا يتفاوت احادها كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز السلم فيه الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير سوا لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت فانه قل ما يباع جوز بفلس واخرى بفلسين وكذلك البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا عند الضابط في معرفة العددي المتقارب عن التفاوت تفاوت الاحاد في المالية دون الانواع وهذا هو المروي عن ابي يوسف ويويد ذلك ما روي عن ابي حنيفة ان السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت احاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها اي في المعدودات المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه عددي لا كيلي وعنه انه لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الاحاد ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد واخرى بالكيل فامكن الضبط بهما فيكون كونه معدودا باصطلاحهما فجاز اهداره والاصطلاح على كونه كيليا قوله وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا ذكره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف واما عند محمد فلا يجوز لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما فاذا بطلت الثمنية صارت مثمنا يتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربوا في مسئلة بيع الفلس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القايل يحتاج الى الفرق لمحمد بين البيع والسلم وهو انه المسلم فيه مثمنا فمن ضرورة جواز السلم باقدامهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فيبقى ثمنا كما كان وبيع الواحد بالاثنين قال ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخلو اما ان يكون مطلقا او موصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثني والنوع كالبختي والعراب والصفة كالسمن والهزال والتفاوت بعد ذلك يسير فسقط لقلته فاشبه الثياب وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم امر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى اجل وانه عليه السلام استقرض بكرا وقضاه رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا ان بعد ذكر الاوصاف التي اشترطها الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فقد يكون الفرسان مستويين في الاوصاف المذكورة ويزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة المفضية لما فيه لو صول الاسباب بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشرا البعير ببعيرين كان قبل نزول اية الربوا او كان في دار الحرب ولا ربوا بين المسلم والحربي فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فنقل الالات كان من دار الحرب لعزتها في دار الاسلام يوميذ ولم يكن القرض ثابتا في ذمة النبي صلى الله عليه وسلم بدليل انه قضاه من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يجعل ذلك حجة قوله وقد صح يجوز ان يكون اشارة الى جواز جهالة التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير

وإلى منه التي تؤكل وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقريره ان جواز عدم السلم في الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز في الديباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لا يقال النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع لان محمد بن الحسن ذكر في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله عنه دفع مالا مضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة فقال ابن مسعود اردد مالنا ولا تسلم اموالنا في الحيوان وهو دليل على انه لم يكن المنع لكونه مطلقا لان القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا لا يقال في كلام المصنف تسامح لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لا ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواز الخصم فاما الدليل على ذلك فهو السنة قال ‌ ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع ولا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالاكارع والرؤوس ما دون الركبة في الدواب والاكارع جمعه لانه عددي متفاوت لا مقدر له ولا في جلوده لانها تباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم انه يجوز وزنا لقيده عددا لان معناه انه عددي فحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بالطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكره في الذخيرة وان بين الجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء الجهالة او المنازعة حينئذ ولا في الحطب حزما لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جرزا الجرزة بعد الراء المفتوحة وزاي وهي القبضة من القت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ‌ ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا وجود المسلم فيه من حيث العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل او ليس بموجود اصلا او موجودا عند العقد دون المحل او بعكسه او موجودا فيهما لا بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا لمالك والشافعي له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه عليه السلام شرط الصحة وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع هو الذي ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاتفاق وهذا حجة عليهما واعترض بانه اذا كان العقد موجودا اكتفي مؤونة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز واجيب بان القدرة انما تكون موجودة اذا دام حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب السلم عقيبه وفي ذلك شك ورد بان الحياة ثابتة فيبقى واجيب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكمال من النصاب ليس بشرط في اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه اجيب بان وجوده كالنصاب وجوده لا كماله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه لذلك قوله ولو انقطع بعد المحل يعني في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ على التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق فبقي بيعا كالعبد الابق وفي قوله العجز الطارئ على شرف الزوال اشارة الى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه ان العجز عن التسليم اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة وكان القياس فاسدا قال ‌ ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما ولا يجوز طريا كان او مالحا للتفاوت وزنا اما ان يكون في المالح او الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزنا معلوما لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري ان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروي عن ابي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس يظاهر فيه فصار كالصغار وقيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة وهو المقدد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الراجز بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا لانه مولد لا يؤخذ بلغته قال الامام الزرنوجي كفى بذلك حجة للفقهاء قوله ولا خير في السلم في اللحم خير نكرة وقعت في سياق النفي فيفيد نفي انواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال ابو حنيفة لا يجوز السلم في اللحم وقالا اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل ويستقرض وزنا ويجري فيه ربا الفضل فان قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليله تامل لانه ان لم يمكن فيه وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلا بيان كونه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على لا نعمى ولا يقتني بحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه سلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتني ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لان ما يبقى من التفاوت في اللحم بسبب

العظم

العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوي وجه التامل ولابي حنيفة طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود الا ترى انه يجري المماكسة بين البايع والمشتري في ذلك بالتنسيب والنزاع فكان المقصود مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا يرتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضي جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن الشجاع والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلا وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا يدرى انه عند المحل على اي وصف يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الاصح قوله والتضمين مثله بالمثل جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالبيع وبالتسليم فالمثل اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين والمعنى يعني ان الاستقراض حال يعرف حال المقبوض ولا يفضي الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا يرتفع به الجهالة فلا يكتفي به قال ‌ ولا يجوز السلم الا مؤجلا السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي استدل باطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه السلام الى اجل معلوم لما نذكره ولنا قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فانه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيدا فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيقدر الى اجل معلوم ان كان مؤجلا فالجواب ان قضية العقل كفت مؤونة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة ولا ضرورة في التقدير للاجل لايقال العمل بالدليلين ضرورة فليحتمل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليتامل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس فان القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع كذلك فلا بد وان يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس والالم يكن مفيدا لما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة اليه فيه اما ان يكون قادرا على التسليم في الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا رخص فبقي على النافي وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل المسلم فيه والا ادى الى النزاع المحوج المغلس وعاد على موضعه بالنقض فان قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرتم لما جاز لمن عنده اكرار حنطة اجيب بان السلم لا يكون الا باذن التمليس وهو دليل على العدم وحقيقته امر باطن لا يطلع عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر وقوله فلا يجوز الا باجل معلوم اذا ثبت اشتراط السلم لا بد من كونه معلوما بما روينا وبالمعقول وهو ان الجهالة مفضية الى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة معلومة قريبة وذاك يؤديه في بعيدها واختلف في ادنى الاجل فقيل ادناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب الايمان حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة ايام وهو ما ذكره احمد بن ابي عمران البغدادي استنادا الى الطحاوي عن اصحابنا اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلاثة ثم بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدر وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتاخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازي والاول اصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان قال ‌ ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متاخر فربما يضيع المكيال او الذراع فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك او باع بذلك الاناء المجهول القدر يدا بيد لا باس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقوله يعني في اول البيوع ان البيع يدا بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك لكن لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما اذا كان من حديد او خشب او نحوهما اما اذا كان مما ينكبس كالكيس كالزنبيل بكسر الزاي لان فعليلا بفتح الفاء ليس من ابنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لافضائه الى المنازعة الا ان ابا يوسف استحسن في قرب الماء وهو ان يشتري منه سقاء كذا وكذا قربة بهذه القربة من ماء للتعامل قال ‌ ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها وكذا لا يصح السلم في طعام قرية بعينها او ثمر نخل بعينها لان انقطاعه من ايدي الناس يعرض اذ هو موهوم فينتفي القدرة على التسليم اشار الى ذلك قوله عليه السلام في ثمر فلان اما من ثمر حايط فلان فلا ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولا خفاء في كونه منه عليه السلام بيانا بطريق التعليل لعدم الجواز في ثمره قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان ان صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمرائي ببخارا او البساخي بفرغانة جاز العقد فان تعيين الخشمراني ليس باعتبار ان يكون الحنطة منه ليس الا بل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا بمثل صفة حنطة الخشمراني وعلى هذا اظهر الفرق بين ما اذا اسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما اذا اسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي جانبه

علي

[Margin notes, right page:]

اموالنا

والكراع ح

بجيم مضمومة

او معدوما فيما بينهما ح

تسلفوا ح

والحكم زيتفع الحكم وينبع الالكهما لم يحكم لانه في الرطبه كرمتم الرطبة اي اكلها

كذلك ح

على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم ح

اسلم ح

السلم في السمك ح

حينه ح

[Margin notes, left page:]

تجوز ح

وهو العظم متفاوت ما هو المقصود متفاوت ما ليس بمقصود ح

بعد ح

شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلما مؤجلا فليسلم الى اجل معلوم ح ح

والمسلم ح

الحال اي فيسلم الحال ... الاجل ... والمؤجل

او خزف ح والزنبيل بلا تشديد بالفتح وبالكسر شددوا الياء ... زنبيل ايضا ... حين سئل عن السلم ح

وقوله مال اخيه اراد به راس المال اي لولم يحصل الثمرة فباي طريق ياكل راس المال للمسلم اليه ولو كان السلم الى قرية بعينها ح ح ح

صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها سمي هرويا واذا اتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة
اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما تنبت بارض هراة والنابت في غيرها لا ينسب اليها وان كان بتلك
الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالاول قال ولا يصح
عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط صحة السلم موقوفة على سبعة شرائط عند ابي حنيفة وعلى خمسة عندهما فالمتفق
عليه ان يكون في جنس معلوم حنطة او غيرها ونوع معلوم سقية او نخيلة والبخسي خلاف السقي منسوب الى البخس وهو الارض
التي يسقيها السماء لانها تبخس الحظ من الماء وصفة معلومة جيدة او ردية ومقدار معلوم عشرين كرا بكيل معلوم معروف او
عشرين رطلا واجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما روينا من قوله عليه السلام من اسلم منكم الحديث ومن المعنى الفقهي ما
بينا ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع واما المختلف فيه فمعرفة مقدار راس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون
والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل بفتح الحاء ومؤنة ومعناه ما له ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال
فهذان شرطان لصحته عند ابي حنيفة وهو المروي عن ابن عمر خلافا لهما فالاولى المسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه
الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل او الموزون ثمن المبيع او اجرة في الاجارة واشير اليهما جاز وان لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي
ان يكتفى بالاشارة في راس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان راس المال ثوبا فان الاشارة فيه يكفي بالاتفاق وانه لم يعرف
ذرعانه ولابي حنيفة انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة
قدر راس المال يستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق راس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله
في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار راس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم
فيه مفسدة وليس لرب السلم الا راس ماله واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك امر موهوم لا معتبر به فيما بني على
التوسع اجاب المصنف بان الموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي اذ القياس يخالفه الا ترى انه لو اسلم بمكيال بعينه
لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر ادنى الاجل اكثر من نصف يوم فان قيل في هذا
اعتبار النازل على الشبهة لان وجود بعض راس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال ان لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل
فقد لا يوجد بعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد ايضا محتمل والمعتبر هو دون النازل عنها فاجاب بان قدم اذ المعنى من الموهوم
هو ذاك وقيل بل هذه شبهة واحدة لان كلامها مبني على وجود الزيوف والاول اظهر قوله بخلاف الثوب جواب عما قاساه
عليه من الثوب وتقريره ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره لان الذرع في الثوب المعين صفة ولهذا لو وجده زائدا
على المسمى سلم له الزائد مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما يتعلق العقد
على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن
والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروع الخلاف في معرفة مقدار راس المال ما اذا اسلم ما به في كر حنطة وكر شعير
ولم يبين راس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند ابي حنيفة لان المائة ينقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته
الحزر فلا يكون مقدار راس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين يكفي لجواز العقد وقد وجدت واذا اسلم
دراهم ودنانير في كر حنطة وقد علم وزن احدهما دون الاخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار احدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في
حصته لعدم شرط الجواز وفي حصة الاخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الاخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة قال في
المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين في الايفاء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة
او شعير بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يزاحمه مكان اخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك كان اول اوقات الامكان
في الاوامر فان الجز الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب في تعيين مكانهما للتسليم
ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روي عن محمد ان المشتري ان كان يعلم موضع الطعام فلا خيار له وان لم يعلم
فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان اخر كما
في بيع العين فان من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله بعد عقده الشراء في المصر او خارجه بجنبه او
بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة
المسلم اليه وهو حاضر في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون كالمبيع حاضر الحضوره وفيه نظر لان فيه قيدا لم يذكره في التعليل
ومثله يعد انقطاعا وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا صرح بخلافها بطلها وانما فسد في بيع العين لانه قابل الثمن بالبيع والحمل فيصير
صفقة في صفقة ولابي حنيفة ان السلم تسليمه غير واجب في الحال لاشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين
مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على طبق
سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام
فيتعين موضعه فان قال ارايت لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجة البحر كان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا ما لا يقوله
عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن

ورب

ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم اليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في الاختلاف باختلافهما فلا بد من البيان
وعلى هذا الذي ذكرنا انه جهالة المكان كجهالة الصفة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده
كالاختلاف في الجودة والرداءة في احد البدلين وقيل على عكسه لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجبه لان
تعيين المكان قضية العقد اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعنده لما لم يكن من مقتضاه
صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الاختلاف في الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن اشترى
شيئا بمكيل او موزون موصوف في الذمة فشرط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل
انه لا يشترط بالاتفاق والاول اصح وهو اختيار شمس الائمة لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارة وصورة
الاجرة استاجر دارا او دابة بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار
مكانها وفي الدابة يسلم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسما دارا واخذ احدهما اكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد
مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة قال وما لم يكن له حمل
ومؤنة لا يحتاج فيه الى مكان الايفاء قد تقدم بيان ما له حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذي لو امر انسانا
بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على ان بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة
السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع وبيوع الاصل يتعين لانه
موضع الالتزام فيرجح على غيره وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء اذ لا يجب لاختلاف
الاماكن فيه قوله ولا وجوب في الحال جواب عما قال يجوز ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم
في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا يختلف ماليته
باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد رب السلم امن خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لان المصر
مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا يختلف فيه باختلاف المحلة وقيل في ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والاجرة
والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة
قال ولا يصح حتى يقبض راس المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض راس المال معناه
ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض راس المال في مكان العقد قبل ان يتفرقا كل واحد من المتعاقدين صاحبه
بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لا يفسد ما لم يتفرقا من غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد اما اذا كان راس المال النقود
فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي اي عن النسيئة بالنسيئة ولو كان عينا فلان
السلم اخذ عاجل باجل او للاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل والتسليم فيه اجل فوجب ان يكون راس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على
ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فانها عقود ثبتت احكامها بمقتضيات اساميها لغة وهذا وجه الاستحسان
والقياس جوازه لان العروض يتعين في العقود فلا يؤدي شرط التعجيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا
بد له من تسليم راس المال ليتقلب اي ليتصرف المسلم اليه فيقدر على التسليم ولهذا اي ولاشتراط القبض قلنا لا يصح السلم اذا
كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض
مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائدته الفسخ عند الرؤية
والواجب بعقد السلم الدين وما اخذه عين فلو رد المأخوذ عاد الى ما في ذمته فيثبت الخيار في اخذه ثانيا وثالثا الى ما لا يتناهى
فاذا لم يفد فائدته لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائدته لان العقد ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع لانه رد عين تناوله العقد
فينفسخ قيل فيه اشكال لان احدهما ان الضمير في قوله فيه اما ان يراد به راس المال او المسلم فيه لا سبيل الى الاول لان خيار الرؤية ثابت
في راس المال صرح به في التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثاني لانتفاء التقريب لان في بيان اشتراط قبض راس المال قبل
الافتراق وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان اجنبيا والثاني ان المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك
للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود للمسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز ان يعود الى راس المال وهو ان كان دينا
في الذمة تسلسل ولا يفيد وان كان عينا وجب ان لا يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثاني انا لا نسلم ان المعقود عليه في الاستصناع
دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا
وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط قبل الافتراق فلا يخلو اما ان يكون راس المال قائما او لا فان كان قائما لم
يصح العقد بالاسقاط لان ابتداءه براس مال هو دين هالك لا يجوز فكذا البقاء بالاسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء اسهل من الابتداء والجواب
انه انما يتم ان لو كان فيه غير ممنوع ولذا كان الاول جائزا خلافا لزفر وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول
فانه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر رحمه الله قال وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال
وهو مشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته وفي تعجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو مشتمل
على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تاجيله يعني الى اجل معلوم والقدرة وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الايفاء

كالماموريي القدرة على تحصيله وهو الاصح يعطي لما بينا فان اسلم مايتي درهم في كر حنطة مايه منها دين على المسلم اليه ومايه نقد فالسلم
في حصة الدين باطل سوا اطلق المايتين ابتدا او اضاف احدهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع
شرايطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارى اذ السلم وقع صحيحا اما اذا كان اطلق ثم جعلا المايه من راس المال قصاصا بالدين
فلا اشكال في طروه كما لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان الباقي مبيعا بحصته طاريا واما اذا اضاف الى الدين
ابتدا فكذلك ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود لا تتعين في العقود اذا كانت عينا فكذا اذا كانت
دينا فصار الاطلاق والتقييد سوا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد
السلم جايزا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالي بالكالي وقيد بقوله مايه منها دين على المسلم اليه لان الدين على
غيره يوجب الفساد لانه ليس بمالي حقهما قال ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه لا يجوز التصرف في راس
المال قبل القبض لانه شرط لصحة السلم احترازا عن الكالي بالكالي فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصيه ونحوها فات الشرط
وهو قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا باس به بعده
لان المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري فراس المال ان كان مثليا جاز ان يبيعه مرابحة وان كان قيميا لا يجوز الا ممن عنده ذلك
الثمن ولا تجوز الشركه وهو ان يشترك شخص اخر في المسلم فيه ولا التوليه وصورتها ظاهرة وانما خصهما بالذكر بعد ما دخلا في العموم
لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التوليه جايزة لانها اقامة معروف بانه تولى غيره ما
تولى فان تقايلا لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك
او راس مالك يعني حالة البقا وعند الفسخ وهذا النص يمنع ذلك ولانه اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو
الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالاقالة فلا بد من جعل راس المال مبيعا لورود عليه
العقد والا كان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه فاذا امكن ان يكون
الدين معقودا عليه ابتدا في هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يمكن ذلك انتهاء في هو بيع من وجه دون وجه كان
اولى واذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما شبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض راس المال في
المجلس اعتبارا للانتها بالابتدا اجاب بقوله لانه اي لان عقد الاقالة ليس في حكم الابتدا من كل وجه لانه بيع في حق الكل لا اقالة
بيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الابتدا لكان للاحتراز عن الكالي بالكالي والمسلم فيه سقط بالاقالة
فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط فيه القبض والتامل يغني عن هذا السوال لان راس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط
قبضه فالسوال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف توهم من عسى يتوهم نظرا الى كونه راس المال وجوب قبضه ولو ابرز ذلك في
معرض الدليل على انقلابه معقودا عليه حيث لا يجب قبضه ولو بقي راس المال فوجب كان ادق على طريقة قوله في اول الكتاب
ويجوز بيع المكيل والموزون فان قيل ان شئت في ايام الغارسيه وعن طريقة قوله ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم بهن فلول من قراع الكتايب وقوله وفيه اي وفي
جعل راس المال بعد الاقالة مبيعا خلاف زفر فيقول راس المال بعد الاقالة صار دينا في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بساير الديون
جاز بهذا الدين والحجة عليه ما ذكرنا من الحديث والمعقول قال ومن اسلم في كر من الحنطة وهو ستون قفيزا فلما
حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضا لحقه لم يكن قضا حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم
كان من مال المسلم اليه وان امره ان يقبضه لاجل المسلم اليه ثم اكتاله لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت صفقتان بشرط
الكيل الاول صفقة المسلم اليه مع بايعه والثاني صفقة رب السلم فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر في الفصل المتصل بباب المرابحة والتوليه قال فيه ومحمل الحديث اجتماع
الصفقتين على ما نبين قوله والسلم وان كان سابقا جواب عما يقال بيع المسلم اليه من رب السلم كان سابقا على شرا المسلم اليه
من بايعه فلا يكون المسلم اليه بايعا بعد الشرا فلا يتحقق الصفقة الثانية كيف يدخل تحت النهي وتقريره القول بموجب العلة
سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق وقبض المسلم فيه بمنزلة ابتدا البيع لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين
حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يبعد في قبض في ورا كالبيع فيتحقق البيع بعد
الشرا بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل وان كان الكر قرضا فامر المستقرض المقرض بقبض الكر ففعل
جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة ولو لم يكن اعارة لزم تمليك الشي بجنسه وهو ربوا ولهذا لا يلزم
التاجيل في القرض لان التاجيل في العواري غير لازم فيكون المردود عين المقبوض مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان
وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل وامر رب السلم بقبضه يكتفي فيه بكيل واحد قال ومن اسلم في كر
اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرايره رب السلم ففعل وهو اي رب السلم غايب ولو لم يكن في غرايره طعام فانه
لا يكون قبضا فلو هلك هلك من مال المسلم اليه لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الامر اذ حقه في الدين لا في العين فلا يصح الامر
وصار المسلم اليه مستعيرا للغراير من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون
فيه حيث لم يصر قابضا ولو اشترى من رجل حنطة معينة ودفع غرايره الى البايع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري

غايب صار قابضا لانه ملكه بالشرا الامر فصح الامر لمصادفته الملك واذا صار البايع وكيلا عنه في امساك الغراير
فيبقيت الغراير في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري قوله الا ترى توضيح لتملكه بالبيع فانه اذا امره بالطحن
في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشرا للمشتري وان امره ان يصبه في البحر في السلم فعل هلك من مال المسلم اليه
وفي الشرا من مال المشتري وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر ولهذا اي ولان الامر قد صح يكتفي بذلك الكيل في الشرا
في الصحيح لان البيع نايبة عنه في الكيل فان قيل الحكم للبايع مسلم فكيف يكون متملكا فالجواب انه قال في الصحيح احترازا عما قيل
لا يكتفي بكيل واحد كما يظاهر ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع
البايع وصاع المشتري وقد مر قبيل باب الربوا ولو امر المشتري البايع ان يكيله في غراير البايع ففعل لم يصر المشتري
قابضا لانه استعار غرايره ولم يقبضها فلا تصير الغراير في يده لان الاستعارة تبرع فلا يتم بدون القبض فكذا ما وقع
فيها فصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البايع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا لانه مستعير
لم يقبض قال ولو اجتمع العين والدين صورته رجل سلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا بعينه
ودفع غرايره اليه فيجعل الدين اي المسلم والعين وهو المشترى فيها فلا يخلو البايع من ان يجعل فيها اولا الدين او العين فان
كان الثاني صار المشتري قابضا لهما اما العين فلصحة الامر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المامور كفعل الامر
ورد بانه لا يصلح نايبا عن المشتري في القبض كما لو وكله بذلك واجيب بانه ثبت ضمنا والما لم يثبت قصدا واما الدين
فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع
الى صايغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار ولا يشكل بالصباغ فان الصبغ والصبغ اتصلا بملك
المستاجر ولم يصر قابضا لان المعقود عليه ثمه الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا فلا يكون قابضا
وان كان الاول لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه في الدين لا في العين وهذا عين قال فكان
المامور بجعله في الغراير متصرفا في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم وهو
استهلاك عند ابي حنيفة فينفسخ العقد فان قيل الخلط باذن المشتري فلا ينتقض الشرا وسحب البيع اجيب بان الخلط
على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الامر به قابضا وهو الدين كان ماذونا به وفي عبارة المصنف
تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضي به جدا واستدل بقوله يجوز ان يكون مراده البداية بالعين فيكون الدليل اعم من المدعي
ولا دلالة للاعم على الاخص فيجوز ان يكون يقال كلامه في قوة الممانعة فكانه قال ولا نسلم ان هذا الخلط مرضي به وقوله لجواز سند
المنع فاستقام الكلام وعندهما المشتري بالخيار ان شا فسخ البيع وان شا شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك
عندهما قال ومن اسلم جارية في كر حنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه
قيمتها يوم قبضها ولم يبطل الاقالة بهلاكها لانهما تقايلا بعد هلاك الجارية كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقا العقد وذلك بقيام
المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فصحت الاقالة حالة بقايه واذا صح ابتدا صح انتهاء لان البقا اسهل من
الابتدا واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها وقامت مقام الجارية
فكان احد العوضين كان قايما فلا يرد ما قيل ان الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين في
المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حتى بطلت الاقالة
في البيع عند هلاكها بقاء وابتدا وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح قال ومن اسلم الى رجل اذا اختلف المتعاقدان
في صحة السلم فمن كان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر
ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وعلى هذا ان اسلم رجل في كر حنطة ثم اختلف فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال
رب السلم لم تشترط شيا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه يربو على راس المال
عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر فانهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لم يصح بدونه وهو بيان الوصف
والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم اليه وقول من يشهد
له الظاهر اقرب الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم ان المسلم فيه يربو على راس المال بل الامر بالعكس فان النقد العليل
خير من النسيه وان كانت كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه اذا كان جيدا واما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف
للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وهو باطلاقه يقتضي ان يكون القول قول المنكر
وان انكر الصحة والجواب ان الناس مع وفور عقلهم وشدة تحرزهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة
يقدمون على السلم مع استغنايهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة وذلك اقوى دليل على ربا المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار بالمعاني
دون الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة واذا انعكست المسالة
وهو ان يدعي رب السلم الوصف وانكره المسلم اليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير والمتاخرون من المشايخ قالوا يجب ان يكون
القول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة

قوله وسنقرره من بعد يريد به ما نذكره بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لانها يستعمل للعقد والمطابق
ونحوه ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره
لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لا نسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على
راس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس اجاب المصنف بان الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد
بان السلم الحال جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد راس المال فلا يكون النفع برد راس المال
متعينا بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بنا المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد
عند وضعها غير صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ان ثبت ذلك وليس يطابق
لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا
عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب
بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه
لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد لان السلم اذا كان فاسدا ليس بعقد اخر واختلف في جوازه وفساده
وكانا متفقين على الصحة ظاهرا لوجهين احدهما ان الظاهر من حال مباشرة العقد بصيغة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد
التزام بشرائط والاجل من شرائط السلم فكانا اتفقا على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار
بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيه تنوع محل الاختلاف فانها اذا افسدت صارت اجارة واذا صحت
كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعي للصحة مدعي لعقد والمدعي للفساد مدعي لعقد اخر خلافه ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز
والفساد يستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للنقض المردود لوحدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل
ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار واما المضاربة فليست بعقد واحد
عند الاختلاف وكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يلغ الاختلاف معتبرا وكان المضارب يدعي استحقاق شي في مال رب
المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف عن الوحدة باللزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا اخر وعن غيرها بغير اللزوم
لانقلابه عقدا اخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة
عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب ان لا يعتبر الاختلاف ويكون القول
لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب ان العذر المذكور كان مبنيا على تنافي ورود النفي والاثبات على محل واحد
وههنا فقد وردا عليه لان رب المال قد اثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد
وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف عليه كما اذا شهد احد الشاهدين بالف والاخر بالف وخمسمائة على ما سياتي
فيكون النفي والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا الحل مختص
بهذا الكتاب فاحفظه قال ويجوز السلم في الثياب السلم في الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة
الثوب جيدة يراد غلظه وثخانته لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم في الثياب وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم
المطبوخ لا بد من بيان وزنه ايضا لان قيمة الحرير ايضا تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده
لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل بقطعة بذلك الوزن وليس ذلك مرادا لا محالة واما في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر
شمس الائمة السرخسي اشتراط الوزن في الزندنيجي وما يختلف بالثقل والخفة قال ولا يجوز السلم في الجواهر العددي الذي
يتفاوت احاده في المالية كالجواهر واللالي والرمان والبطيخ لا يجوز فيه السلم لافضائه الى النزاع وفي الذي لا يتفاوت
احاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيه لانه مما يعلم بالوزن ولا
تفاوت في المالية ولا باس بالسلم في اللبن والاجر اذا اشترط فيه ملبنا معروفا لانه اذا سمي الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن
يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فلحق بالعددي المتقارب قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه
هذه قاعدة كلية تشتمل على جميع جزئيات ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز وفيه بحث من وجهين احدهما انه عكسها فقال وما لا يضبط
صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني انه ذكر القاعدة
بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة اولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول ان جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة
المقدار بقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينعكس الى
قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق وعن الثاني ان تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع اصول الفقه واما في الفقه فالمقصود معرفة
المسائل الجزئية فتقدم معرفة الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة ولا باس بالسلم في طست او قمقم او خفين او نحو ذلك
اذا اجتمع فيه شرائط السلم والا فلا خير فيه اي لا يجوز لان الجواز حينئذ ينتفي قال وان استصنع الاستصناع ان يجي انسان
الى صانع فيقول اصنع لي شيئا صورته كذا بكذا درهما ويسلم اليه جميع الدراهم او بعضه او لا يسلم وهو لا يخلو اما ان يكون فيه
تعامل واليه اشار بقوله شيئا من ذلك اي مما تقدم من طست وقمقم وخفين اولا والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا على ما سيجي

والاول

والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له اجل واليه اشار بقوله بغير اجل ووجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس
في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارعة فان
فيها للناس تعاملا وهي فاسدة عند ابي حنيفة لان الخلاف فيها كان ثابتا في العصر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جوازه
هل هو بيع او عدة والصحيح انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشايخنا رحمهم الله وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد
العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهذا اثبت لكل واحد منهما الخيار ووجه العامة انه سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية
وذكر القياس والاستحسان ولانه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحايك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده
او الخياط ان يخيط له قميصا بكرباس من عنده والمواعدة يجوز في الكل وثبوت الخيار لكل واحد منهما لا يدل على المواعدة الا ترى
انهما اذا تبايعا عرضا بعرض ولم يرياه كان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز
ان يكون بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا اجاب بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسي للتسمية عند الذبح فان
التسمية جعلت موجودة بعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت بعذر جواز الصلاة لئلا يتضاعف الواجبات
فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع
والمعقود عليه هو الصنع اجاب بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته قبل العقد
فاخذه جاز وفيه نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض
بانه لو كان بيعا لما بطل بموت احد المتعاقدين لكنه يبطل بموت احدهما ذكره في جامع قاضي خان واجيب بان الاستصناع شبيه
بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع فقلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه القياس والاستحسان
واثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ
العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضة اجيب بان الصنع اصل والصبغ الة فكان المعقود عليه العمل وذا كان اجارة
وردت على العمل في عين المستأجر وههنا الاصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن موجودا من حيث وصفه
الا بالعمل اشبه الاجارة في حكم واحد لا غير ولا يتعين المستصنع الا باختيار المستصنع حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع
جاز وهذا كله اي كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه الا باختياره هو الصحيح وهو احتراز
عما قيل في كل منها على خلاف ذلك قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء
اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على
العمل لانه باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيعا لا عدة وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا ان
شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط وعن ابي
يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله وهو قطع الصرم وغيره ليصل الى بدله
فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله الا ترى ان الواعظ اذا استصنع منبرا ولم ياخذه فالعامي لا
يشتريه اصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بجواز ان يكون الرضا على ظن ان المستصنع مجبور على
القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام اجيب بان خيار المستصنع
اختيار بعض المتاخرين من اصحابنا ولا يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين وان الجهل ليس بعذر في دار
الاسلام في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها لا في خيار اختاره جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج
الصغيرة ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكتت لجهلها بان لها الخيار بطل خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس
بعذر مع انه ليس من الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز يعني الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من
الثياب والقصان ابقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير اجل في اول المسئلة احتراز
عما اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه
فانه يعتبر سلما بالاتفاق والمراد بذكر الاجل ما ذكر على سبيل الاستمهال اما المذكور على سبيل الاستعجال مثل ان قال على
ان تفرغ غدا او بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ للفراغ لا لتاخير المطالبة بالتسليم وحكي عن الهندواني ان ذكر
المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان من قبل الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل
الاستمهال وفيما اذا صار سلما تعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة في الاستصناع ومعنى ان
ذكر الاستصناع يقتضي ان لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو محكم في العمل وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما
لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم بخلاف ما
لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم ولا نسلم ان اللفظ محكم في الا
فان ذكر الاجل ادخله في حيز الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان حمله على السلم اولى لان جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه وفي

وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يريد به ان فعل النصاري به في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت بآية المداينة
والسنة دون الاستصناع **مسائل منثورة** هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن ابوابها ولم يذكر ثمة فاستدرك
بذكرها هاهنا **قال** ويجوز بيع الفهد والكلب والسباع بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلما كان او غير
معلم في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلاشك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محل البيع لانه منتفعا
به حقيقة وشرعا فيكون مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه
ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجائي بنباحه فساوي المعلم في الانتفاع به وعن ابي يوسف ان بيع الكلب العقور
اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه صلي الله عليه وسلم نهي عن امساكه وامر بقتله قلنا قبل ورود رخصة في اقتناء
الكلب للصيد او للماشية او للزرع وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن
الكلاب والسحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعني فاعل وترك التاء الحاقا بفعيل بمعني مفعول كقولهم ملحفة جديد
ولانه نجس العين بدلالة نجاسة سؤره فانه يتولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع
باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا ولنا ان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن بيع الكلب الا كلب الصيد او الماشية
وهي التي تحرس المواشي واعترض بان الدليل اخص من المدلول فان المدعي جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل يدل علي جواز بيع كلب
الصيد او الماشية لا غير واجيب بان ذكره لابطال شمول العدم الذي هو مدعي الخصم واما اثبات المدعي فثابت بحديث ذكره
في الاسرار ويروي عبد الله بن عمرو بن العاص انه قال قضي رسول الله صلي الله عليه وسلم في كلب باربعين درهما من غير تخصيصه
بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث عن شيخ الاثار عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن
عمرو انه قضي في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما تري وقيل الاستدلال علي جواز بيع الكلب المعلم وغير
المعلم سوي العقور والحديث يدل علي الاول والثاني ملحقا به دلالة ولانه منتفع به حراسة واصطيادا لف ونشر فكان مالا
فيجوز بيعه واعترض بوجهين احدهما ان الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل علي مالية عينه كالادمي ينتفع بمنافعه بالاجارة
وهو ليس بمال والثاني ان شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال واجيب عن الاول بان الانتفاع بمنفعة الكلب تبع لملك العين
لا قصدا في المنفعة الا تري انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجري مجري الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما لا يؤكل لحمه
وعن الثاني بان الخنزير محرم العين شرعا فيثبت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والاباحة لضرورة الخرز لا يدل علي رفع الحرمة
فيما عداه كاباحة لحمه حالة الاضطرار واذا ثبت ان مناط الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية
كالحيات والعقارب والزنابير لانه لا ينتفع بها وقوله والحديث محمول جواب عن الاستدلال للشافعي بالحديث المروي وتقريره ما روي
عن ابراهيم انه قال روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل علي تقدم النهي فانهم كانوا الفوا اقتناء
الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر
عن العادة المالوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء فيجوز ان يقال
الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن في الحقيقة لا يكون الا في المبايعة وقوله ولا نسلم نجاسة العين جواب عن استدلاله
بالمعقول بالمنع فان تمليكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس بنجس العين لذلك ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين
عندنا علي ما يجيء **قال** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز يعني انه باطل وتقدم وقوعهما مبيعا وثمنا وما يترتب
علي ذلك في البيوع واستدل بقوله صلي الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها قال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو
حنيفة قال ثنا محمد بن قيس ان رجلا من ثقيف يكني ابا عامر كان يهدي الي النبي صلي الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فاهدي اليه
في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي صلي الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال
فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها علي حاجتك فقال له النبي صلي الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل
ثمنها **قال** واهل الذمة في البياعات كالمسلمين قال محمد في الاصل لا يجوز بين اهل الذمة الربوا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة
ولا يجوز السلم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد ولا في
كل ما يكال او يوزن اذا كان صنفا واحدا فهم في البيوع بمنزلة اهل الاسلام واستدل المصنف علي ذلك بقوله صلي الله عليه وسلم
في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما علي المسلمين ولانهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الي ما يبقي به
انفسهم كالمسلمين ولا سبيل الي بقاء النفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكني ولا تحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة
ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليها كالعقد علي العصير والشاة لكونها
اموالا متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل علي ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا اليه
وقال لهم بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة والخمر والخنزير فقال بلال اجل فانهم يفعلون ذلك فقال لا تفعلوا ذلك ولكن ولوا
اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم **قال** ومن قال لغيره بع عبدك من فلان صورته ان يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم
وهو لا يبيعه الا بالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف

علي

علي اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوي الالف فهو جائز وياخذ الالف من المشتري ويجيء آخر ويقول لصاحب العبد خمسمائة من
الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بالالف ولا شيء علي الضامن والفرق بينهما ما ذكره بناء علي الاصل اي ان الزيادة في الثمن
والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي لانه اي الالحاق تغيير للعقد من وصف مشروع وهو
كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فصار الفضل
في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المراة في مقابلته شيء فجاز اشتراطه علي الاجنبي كهو لكن لابد فيه من تسمية الزيادة
ليتحقق المقابلة صورة وان قلت يعني ليخرج عن حيز الرشوة فاذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح وان لم يقل صار ذكر خمسمائة
من الضامن رشوة منه علي البيع لا ثمنا من المال والرشوة حرام لا يلزم بالضمان واعترض بوجوه الاول كيف يجب من الثمن عليه
ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كانت خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها علي المشتري وتحمل عنه الضامن ولم يتوجه
عليه بالاتفاق الثالث ان اصل الثمن لا يجوز ان يجب علي الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والعكس الصواب في اصل المسالة
عن هذه الاسولة والجواب عنها ولا باس بتكرار ذلك للتحقيق فان ورود السؤال اذا كان بغموض فهم الكلام فجوابه تكرار ذلك
انا قد بينا ان فضول الثمن قد يستغني عن ان تقابل بالمال جزاء الجزاء فجاز ان يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل كالزيادة
في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فيكون الزيادة علي المشتري ثابتا بلا بدل ومثل ذلك يجوز ان يثبت علي الاجنبي
كبدل الخلع واذا جاز ذلك تطلب ممن التزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه هو الاجنبي فلا يتوجه الثمن علي المشتري وظهر
الفرق بينه وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لابد وان يقابله شيء من المال فلا يكون كالزيادة وحينئذ لا يلزم من عدم وجوبه
علي الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته ومنع في الكتاب والخمسمائة بالالف واللام في المضاف دون المضاف
اليه وقيل لا اختلاف في امتناعه وقال ابن عصفور بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدا وقيل اذا ورد مثل هذا
ينبغي ان لا يعتقد اضافة الخمسمائة بل الجر في المضاف اليه علي حذف مضاف اي الخمس مائة **قال** ومن اشتري جارية
ولم يقبضها حتي زوجها رجل اشتري جارية ولم يقبضها حتي زوجها برجل فوطيها الزوج جاز النكاح لوجود سببه ولاية الانكاح
وهو الملك في الرقبة علي الكمال وعدم ما هو مانع عن الجواز لان النهي عن التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك
المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزوج يكون قبضا لان الوطي لما كان بتسليط من جهة المشتري
كان فعله كفعله وان لم يطاها الزوج فليس اي مجرد التزوج قبضا استحسانا وفي القياس هو قبض وهو رواية عن ابي يوسف
حتي ان هلكت من بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب حكمي حتي لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يردها
والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار قابضا كالاعتاق والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقء العين
ووجه الاستحسان ان في التعييب الحقيقي استيلاء علي المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضا وليس ذلك في الحكمي فلا يصير
قابضا والاعتاق والتدبير اتلاف للمالية وازالة للملك ولهذا يثبت له الولاء وهو من ثمرته ان يصير قابضا **قال** ومن اشتري
عبدا رجل اشتري عبدا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن وطلب القاضي من البائع بيع العبد بثمنه لم
يلتفت الي ذلك حتي يقيم البينة دفعا للتهمة فاذا اقامها فلا يخلو اما ان كانت الغيبة معروفة او لا فان كان الاول لم
يبعه في الدين لان وصول البائع الي حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد وادي
الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار البائع فيظهر علي الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه فيعتبر لذلك وهذا لان العبد في يده
والقول قول الانسان فيما في يده فلو ادعي الملك كان مسموعا ولو اقر به لغيره كان صحيحا بحكم اليد فكذا اذا اقر به مقبوضا مشغولا
بحقه ويثبت الملك له قاصرا علي وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات فان المرتهن
احق بالمرهون يباع في دينه اذا تعذر الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا
فان المبيع يباع بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان دين البائع لم يتعلق لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين
في ذمة المشتري فيكون البينة لاثبات الدين والاثبات علي الغائب ممتنع عندنا وفيه بحث من اوجه الاول ان اقامة البينة علي
الغائب لا تجوز لانه لعدم انكار الخصم من الغائب وذلك لانه مجهول الثاني ان القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في
المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث ان ذلك يفضي الي القضاء علي الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز ولي ذلك لا فرق بين
كونه مقبوضا وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول ان اقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة لا للقضاء وان القاضي
يقضي بموجب اقرار المتبرع بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الي انكار الخصم وعن الثاني بوجهين احدهما قول بعض المشايخ ان
القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري
ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه واجيب بان ذلك حق البائع وقد يتسامح بتاخيره والثاني ان البيع
هنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبائع باحياء حقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن
الثالث ما ذكرنا ان هذا ليس بقضاء علي الغائب وانما هو قضاء علي الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه
المشتري واما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ ظهر الفرق واندفع التحكم ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل

حقه وان نقض بتبع هواي يتبع البايع المشتري فاذا كان المشتري اثنين فغاب احدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه
حتى ينقد جميع الثمن فاذا انقده اجبر البايع على قبول نصيب الغايب وتسليم نصيب الغايب من العبد الحاضر فاذا
حضر الغايب فللحاضر ان يرجع عليه بما نقد لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يجبر البايع على قبول نصيب الغايب وتسليم نصيب الغايب من العبد الحاضر واذا احضر الغايب فللحاضر الثمن ولو
قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض الا نصيبه مهاياة لا غير واذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغايب
اذا احضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس على ذلك وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع
في ذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه وليس له القبض ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع
الثمن لاتحاد الصفقة ولان البايع له حق الحبس ما بقي شي منه والمضطر يرجع كمعير الرهن فان من اعار شيا رجلا ليرهنه
فرهنه ثم افلس الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما ادى وان كان لذلك قضى دين
الغير بغير امره لاضطراره في القضا وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار
صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد نصيب
صاحبه فالجواب ان الاضطرار في حالة حضوره مفقود لامكان ان يخاصمه الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن
هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حالة غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استاجرا دارا فغاب
احدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطر في نقد
نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للاجر حبس الدار لاستيفا الاجرة كذا ذكره الامام التمرتاشي فاذا ثبت له حق
الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشرا اذا قبض مضى الثمن من مال نفسه على ما سيجي قال
ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة رجل اشترى جارية قال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة
صح ووجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لانه اضاف المثقال اليهما على السوا لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف
مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس لاولويه لاحدهما على الاخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب
ان يقيد المصنف بالجودة والرداة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة
ولهذا اقيده محمد في الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد
منه ولو قال اشتريتها منك هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجب المشاركة كان من عشره وزن سبعه لانه هو المتعارف
في وزن الدراهم ولقايل ان يقول النظر الى التعارف يقتضي ان ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد
قال ومن له على اخر عشرة دراهم جيادا رجل له على رجل عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم
فانفقها او هلكت فهو قضا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حقه في الوصف
مرعي من حيث الجودة كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كميه حقه رجع عليه بقدره فكذا اذا انتقص
في كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى
ما قلنا ولابي حنيفة ومحمد ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم
جاز وكان الاستيفا من حيث الاصل بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها منفردا بايجاب ضمانها غير ممكن
شرعا لما ذكرنا انها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون حينيذ
هو الاصل والغرض انه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتباره ايجاب عليه له ولا نظير له في الشرع واعترض
بوجهين احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يفد وهنا يفيد فصار كالعبد الماذون له المديون
فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشترى صح والثاني ان المقصود الاصلي هو احياء حق صاحبه ووجوب
الضمان له عليه ضمني فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفايدة انما هي للغرما فكانه تضمين الشخص لغيره بخلاف ما
نحن فيه وعن الثاني ان الوصف تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا له قال واذا افرخ طير في ارض رجل
اذا افرخ طير في ارض رجل ولم يعدها لذلك لم يملكه فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها او تكنس فيها ظبي وفي بعض النسخ
تكسر فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه فيملكه ولانه صيد والصيد لمن اخذ بالحديث وكونه يتخذ بغير حيلة لا يخرجه عن
الصيدية تكسيرا انكسر رجله في ارض انسان ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره احد فهو له والبيض
في معنى الصيد لانه اصله ولهذا تجب الجزا على المحرم بكسره او شيه قوله وصاحب الارض لم يعدها لذلك اشارة الى انه
لو اعدها لذلك بان حفرها ليقع فيها او نصب فيها شبكة او نحو ذلك يصطاد به كان له فاما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف فتعلق
بها صيد فهو للاخذ وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه او يضمه بنيته اليه
او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه فان العسل لصاحبها لانه عدم انزاله اي من انزال الارض نبتا ونزل المكان
جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان العسل صار قايما بارضه على وجه القرار فصار تابعا لها كالشجر

الثابت

الثابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء بخلاف الصيد

كتاب الصرف

الصرف بيع خاص وهو
الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تاخيره عن السلم في اول السلم وسمي هذا العقد
صرفا لاحد المعنيين اما للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة اما انه لا يطلب به الا
الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل في مقابلتها من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بعينها
كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده لما كان فيه
فايدة اصلا فلا يكون مشروعا وقد دل على مشروعيته قوله تعالى احل الله البيع وقوله عليه السلام الذهب بالذهب الحديث
واذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ناسب ان يسمى صرفا ومنه اي ومن كون
الصرف هو الزيادة لغة سميت العبادة النافلة صرفا قال صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه
صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمي به لكونه اداء الحق الى المستحق وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق
بدنا وان لا يكون فيه خيار الشرط ولا تاجيل واقسامه ثلاثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع احدهما
بالاخر قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة بان يكون
احدهما اجود من الاخر واحسن صياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر
لا في الوصف لقوله عليه السلام جيدها ورديها سوا وقد ذكرناه في كتاب البيوع في باب الربوا حدث محمد في كتاب الصرف
في الاصل عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس بن مالك قال اتي عمر بن الخطاب باناء خسرواني قد احكمت صنعته
فبعثني به لابيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال اما الزيادة فلا قال ولا
بد من قبض العوضين قبل الافتراق قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو ما روينا
من قوله عليه السلام يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره وهو ظاهر الدلالة على وجوب
القبض كما ترى وبالمعقول وهو انه لا بد من قبض احدهما اخراجا للعقد عن الكالي بالكالي وذلك يستلزم قبض الاخر
تحقيقا للمساواة ونفيا لتحقق الربوا وقوله في الكتاب فلا يتحقق الربوا قيل هو منصوب بجواب النفي وهو
قوله ثم لا بد قوله ولان احدهما دليل اخر وتقديره ان احد العوضين ليس اولى بالعقد من الاخر فيجب قبضهما معا ولا
فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الاخر لاطلاق ما روينا وهو
قوله عليه السلام الذهب بالذهب وهو يتناول المصوغ الحديث وغيره قوله ولانه ان كان يتعين جواب عما يقال
بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالي بالكالي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ
وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا فان قيل فعلى هذا
التقرير يلزم في بيع المضروب بالمضروب شبهة الشبهة فاذا بيع مضروب بمصوغ فيه وهو ما يتعين كان
بالنظر الى كونه خلق ثمنا شبهة عدم التعين وتلك شبهة زايدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها اجيب
بان عدم الجواز في المضروب ثبت بقوله عليه السلام يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص مضاف اليه لا الى العلة
فيكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق ما يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة او ناما في
المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه وقصته ما روي عن بن جبلة
قال سالت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق
الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه
حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المفتي اذا بين جواب ما سيل عنه لا باس بان يبين للسايل الطريق
المحصل للمقصود مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من الحيل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه الى جهتين يوجب
تفرق الابدان وهو المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض راس مال السلم قوله بخلاف خيار المخيرة يرجع الى قوله لم يبطل
الصرف يريد ان مشي المخيرة مع زوجها وان كان على جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة
جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان باع بعض خذ
ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه قوله فان افترقا في الصرف متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعني لبقا العقد
فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما قبل بطل العقد لفوات شرط البقا وهذا صحيح بخلاف من قال ان القبض
شرط الصحة فان شرط الشي يسبقه والقبض انما يكون بعد العقد وانما اجيب به بان شرط الجواز ما يشترط مقارنا
لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز
بقبض يوجد في المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد في الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد
في مجلسه كالموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان
موجودا حكما فعلى ما ترى فيه من التمحل مع حصول المقصود بجعله شرط البقا ولهذا اي ولان الافتراق بلا قبض يبطل لا يصح

بحالة العقد الا انه يشترط القبض مقارنا له

شرط الخيار في الصرف ولا الاجل بان يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على ان لي الخيار ثلاثة ايام او قال الى شهر لانه
بالخيار لا يبقى القبض مستحقا لمنعه الملك وبالاجل يفوت القبض المستحق والفرق بين الخيار حتى ان في الخيار يتأخر القبض الى
زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكر في العقد منافيا في القبض وذكر منافي الشيء مفوت له لذا قيل
وكانه راجع البيان في الاول الاستحقاق فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت قوله الا اذا اسقط في المجلس
يعني ممن له الخيار او الاجل [illegible] ذلك عاد الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره استحسانا خلافا لزفر وهو القياس
وان اسقط الاجل فكذلك وان اسقط احدهم فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان صاحب الاجل اذا اسقط
الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح القدوري لمختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب
والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود الا ان خيار الرؤية لا يثبت الا في العين لا في الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار
اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد فائدة قال
ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم
ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى والقياس يقتضي جوازه
كما نقل عن زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلاثة ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا
بد فيه من مبيع وما ثمه سوى الثمنين وليس احدهما اولى لكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه
وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة اعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من
وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد منهما مبيعا حقيقة قيل لا نسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمنية
واجيب بان ذلك في الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينا في الذمة لا في
الاثمان الخلقية قوله وليس من ضرورة كونه جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب ان يكون مبيعا لا يستلزم التعيين
فان المسلم فيه مبيع [illegible] بالاتفاق وليس بمتعين وتقرير [illegible] بان كل واحد منهما لو كان مبيعا لاشترط قيام الملك فيهما
وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليس في ملكهما فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض صح واجيب
بان الدراهم والدنانير ثمنا من كل وجه وانا اعتبرناهما مثمنا لضرورة العقد فيجعل مثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله
قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة اذا كان الصرف بخلاف صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض يشترط
لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وهو المعقول المتقدم مراد بما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه
لا يجوز اذا لم يعرف العاقدان قدرهما وان كانا متساويين في الموزون في الوزن في الواقع لان العلم بها وبهما حالة العقد
شرط صحته لان الفضل حينئذ موهوم والموهوم في هذا الباب كالمتحقق والنبي صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة في علم الله
لانه لا سبيل الى ذلك وان اراد المماثلة في علم العاقدين ولم يوجد وان وزنا في المجلس وعلما في المجلس [illegible] وبما كان القياس ان لا
يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا الا انهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر
رحمه الله اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده لان الشرط هو المماثلة والغرض وجودها في الواقع
والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في علمهما قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة الجمع بين النقود وغيرها
في المبيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال من الفضة وفي عنقها
طوق الف مثقال فضة بالفي مثقال ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة
الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره
والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تفريغا للذمة كما اذا ترك سجدة صلبية وسهى ايضا ثم اتى بسجدتين اثر السهو ولم
يصرف احدى سجدتيه الى السهو الى الصلبية وان لم ينوها لكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بالفي مثقال
الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حاله المباشرة على وجه
الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ونقد من الثمن خمسين فان دفع سكت عنهما جاز البيع وكان المقبوض
حصة الحلية لما بينا ان الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى
يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من احدهما فيحمل عليه بقرينة الحال وان قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام فيه وان
قال عن ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة
في العقد او الاضافة ولا مساواة بعد تصريح من القول قوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتقابضا شيئا حتى افترقا بطل
العقد في الحلية لانه صرف فيها واما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضرر فكذلك لعدم امكان التسليم ولهذا لا يجوز افراده بالبيع
كالجذع في السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق مع الجارية
قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن ازيد مما فيه اي المبيع تعميم للكلام لان فرض المسئلة ان الحلية خمسون المفردة ازيد
من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والزائد في مقابلة الغير فلا يفضي الى الربوا والثاني ان يكون وزن

المفردة مثل المتصلة وهو غير جائز لانه ربوا لان الفضل ربوا سواء كان من جنسه او من غير جنسه والثالث ان يكون المفردة
اقل وهو واضح والرابع لا يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لزفر فان
الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به حكم بجوازه والجواب ان ما لا يدري يجوز في الواقع ان
يكون مثلا وان يكون اقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والا فسد فتعددت جهة الفساد فتحققت واعترض بان كل
جهة منها علة للفساد فلا يصلح للترجيح واجاب شمس الائمة الكردري بان مراده انها كانت احدها يكفي للحكم فما ظنك بهما
لا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح بل يلحق به الشبهة قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا ومن باع اناء
فضة بفضة او بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الاناء
لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح اي بقي صحيحا في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على ان القبض
في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طاريا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق
الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا ومعنى تمام الصفقة [illegible] قال ولو استحق بعض
الاناء او استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الاناء تعيب بعيب الشركة
اذ الشركة في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لا انتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب
بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض قال وان باع قطعة نقرة المراد بالقطعة نقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة
الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب او فضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له
لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعيض لا يضره بخلاف الاناء قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين
جاز البيع رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز
وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة والاصل فيها ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل
عليها الصفقة وكان في صرف الجنس الى الجنس [illegible] يصرف كل منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحيحا
للعقد خلافا لهما لان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته تقابل الانقسام
على الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الاخر والدليل على ذلك
الوقوع فانه اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان
امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه
بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى
الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين والتعيين تغيير
والتغيير لا يجوز ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد وكان جائز الارادة فينبغي ان يكون مرادا اما انه
جائز الارادة فلان كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كر حنطة بكري حنطة [illegible]
واما وجوب ان يكون مرادا فلانه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه وليس معينة كذلك بامكان ان يكون
درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الاخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الاخر قلنا هذا غلط
لان ما ذكرنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على اي وجه كان على ان ما ذكرتم تغيرات كثيرة وما هو اقل تغيرا
متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف على خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال فيه تغيير وصف التصرف واصله
والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثاني ممنوع لانه موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باق على
حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه وان كان
في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى معين لما كان اصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا ثم اجاب
عن المسائل المستشهد بها اما الاولى اعني مسئلة المرابحة فبقوله لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب
ولا يخلو اما ان يكون مراده انه تغيير في الاصل او غير ذلك فان كان الثاني فلم يبينه وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم
في باب زيادة الثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز
ان يقال ان ذلك في المساومة اما اذا صرح بذكر المرابحة فالتغيير الى التولية في اصل العقد لا في وصفه واما الثانية
فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وقد تقدم من هذه
المسئلة في شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع و
المعين ضده والشيء لا يتناول ضده واما في الاخيرة فان العقد قد انعقد صحيحا وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا
في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح قال ومن باع احد عشر
درهما بعشرة دراهم ودينار [illegible] المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال الربوية وفي هذه احدهما جنس
كالاولى ويكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود

ظاهر اذ الظاهر من حال البايع ارادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجايز دون الفاسد
قال ولو تبايعا فضة بفضة ولو باع عشرة دراهم وشيئا معه بخمسة عشر درهما فاما ان يكون مما له قيمة اولا والاول
اما ان يبلغ بقية الفضة اولا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها عوض فتحقق الربوا
وان كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب تساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم يبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب او
جوزة او بيضة والكراهة اما لانه احتيل لسقوط الربوا فصار كبيع العينة من اخذ الزيادة بالحيلة واما لانه يفضي
الى ان يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل المسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرتم ولم يذكر فيها الكراهة اجيب
بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزايد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ولا يزيد وعلى
هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم والحق ان السوال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط
ربوا الفضل وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لان الظاهر فيها من حالها ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة
بين جنسه من زبيبه والفضة الزايدة ليست بظاهرة قوله ومن كان له على اخر عشرة دراهم مسئلة تبين فيها بيع النقد
بالدين وهو على ثلاثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا او لاحقا فان كان سابقا وقد اضاف اليه العقد
كما اذا كان على اخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط
العشرة عن ذمة من هو عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف شرط قبض
احد العوضين احترازا عن الكالي بالكالي وشرط قبض الاخر احترازا عن الربوا وذلك لان بقبض احد العوضين يحصل
الامن من خطر الهلاك فلو لم يقبض الاخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي فيلزم الربوا وهذا معدوم فيما نحن
فيه لان الدينار تعين وبدله وهو العشرة سقط عن بايع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعيين
احد البدلين بعد قبض الاخر للاحتراز عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته وان كان
مقارنا بان اطلق العقد ولم يضف الى العشرة التي عليه ودفع الدينار فاما ان يتقاصا اولا فان كان الثاني لم يقع المقاصة
ما لم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر لانه استبدال ببدل
الصرف وهو لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا
من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه السلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس العقد
لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقدما على
المقاصة بتراضيهما لابد ثمة من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فيجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى
الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لولا ذلك كان استبدالا ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا اقتضاء ولهذا
ذكر لانهما يملكان فسخ اصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء الاصل بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف
ثم بالف وخمسمائة وفيه بحث من اوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا اضيف
العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت اقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي واذا ثبت الفسخ
المقتضي بطل المقتضي وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فاتت بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ
للمقاصة وجب قبض الدينار على البايع بحكم الاقالة لان الاقالة في الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما اشار اليه المصنف
بقوله وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما بيناه وعن الثاني بان المقاصة تقتضي قيام
العقد وهو موجود لانهما ما ابطلا عقد الصرف وانما عقدا عقدا جديدا فتصح المقاصة به وعن الثالث بان
الاقالة ضمنية في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت بمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في
المسئلة فتعين له وجه القياس فان قيل لم يترك المصنف الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنه وهو ما روي انه قال لرسول
الله صلى الله عليه وسلم اني اكري ابلا بالبقيع الى مكة بالدراهم واخذ مكانها دنانير او قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم
لا بأس بذلك اذا افترقتما وليس بينكما عمل فان يجوازه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انهما يضيفان العقد الى الدين
الاول او الى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلزمه زفر رحمه الله وان كان دينا لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم
وقبض الدينار ثم ان مشتري الدينار باع ثوبا من بايع الدينار بعشرة دراهم ثم اراد ان يتقاصا ففيه روايتان
في رواية الجامع الصغير وهي التي اختارها فخر الاسلام وقال المصنف في اصح الروايتين يقع المقاصة وفي رواية ابي
حفص واختارها شمس الائمة وقاضي خان لا يقع المقاصة لان الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة
في دين سابق بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الاصح انهما قصدا المقاصة تضمن انفساخ الاول والاضافة الى دين قايم
وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السوال الاول وهو ليس بدافع
كما ترى لانا اذا اضيف ان القياس يقتضي الا يقع المقاصة بين العين والدين اصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك
بالاثر ونقوي هذا الوجه ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا
اضيف

اضيف الى الدين السابق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف او
يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد فاذا اضيف الى الدين السابق تجانسا واذا اضيف الى دين مقارن
عدم المجانسة بين العين والدين السابق واما المجانسة بينهما وبين الدين المقارن وعند الاضافة قال ويجوز بيع
درهم صحيح ودرهمين غلة الغلة من الدراهم هي المتقطعة التي في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة فيردها بيت المال
لا لزيافتها بل لكونها قطعا ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضي
وانتفاء المانع اما الاول فلصدوره عن اهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة واما الثاني فلان المانع ان تصور
هنا فهو الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم
الاصل ان النقود لا تخلوا عن قليل غش خلقة او عادة كما في الرديء فانه يخلط للانطباع فانه بدونه يتفتت فاذا
كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة
والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع
بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الا مساويا في الوزن وان كان الغالب عليها الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير
فان اشتري بها فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة او
اقل او لا يدري فالبيع فاسد وان كانت اكثر صح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف وان بيعت بجنسها
متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس لم يبق صرفا فلا يكون التقابض شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى
خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فيبقى العقد فيما وراء ذلك صرفا واشترط القبض
في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا اشترط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر
يشير الى ان الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف رحمه الله ومشايخنا رحمهم الله
لم يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالي والغطارفة يعني الدراهم الغطريفية وهي المنسوبة الى غطريف بن
عطا الكندي امير خراسان ايام الرشيد وقيل هو خال هارون الرشيد لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل
فيه اي فلو افتي باباحته تدرجوا الى الذهب والفضة بالقياس ثم المعتبر في المعاملات بها المعتاد فان كانت تروج
بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد
منهما حيث لم يكن منصوصا عليها ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين كالرصاص والستوقة وبطل العقد بهلاكها
قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان لم يعلماها او علم احدهما او علما ولكن
لا يعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرايجة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس
دون المشار اليه وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا
ان علم البايع خاصة لانه رضي بجنس الزيوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف
واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند ابي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد اخر ما تعامل الناس بها قال المصنف فسر الكساد
بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه في كل البلاد او في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل ان عدم
الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن واما اذا كان لا
يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانها لا تهلك لكنه تعيب فكان للبايع الخيار ان شاء قال اعط مثل
هذا النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وما ذكر في العيون مستقيم على قول محمد
واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يبقى ذلك في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما
يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس بالكل فكذلك يجب ان يكون على هذا القياس ايضا لما ان العقد قد صح لوجود
ركنه في محله من غير مانع شرعي الا انه تعذر التسليم في الكساد وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع
واذا بقي العقد قال ابو يوسف وجب القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع اي
الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم
التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل واذا بطل التثمين بقي بيعا بلا ثمن
وهو باطل لا يقال العقد تناول عينها وهي باقية بعد الكساد وهو مقدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها
بصفة التثمينة لانها ما دامت رايجة فهي تثبت دينا في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة التثمين وصفة التثمين
في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل
القبض او بتخمير العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فلم يكن
هلاكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى ان يحصل اما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها

فهلاك الثمنية على وجه لا يرجى الوصول الى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد اصل والشيء اذا رجع الى اصله قلما ينتقل
عنه فاذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما وجب رده
بعينه وان كان هالكا او مستهلكا فان كان مثليا وجب رد مثله وان كان قيميا وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد
هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن ايدي الناس كذلك واليه اشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع
وان كان صدر البحث في الكساد واما اذا غلت بازدياد القيمة او نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع
على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم
اي معلوم قدره ووصفه وانما قال لذلك اشارة الى بيان المقدار والوصف او الاشارة اليه ثم انها اما ان تكون
نافقة او كاسدة حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم يتعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري بها
لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم ينفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز
البيع بها من التعيين لانها سلع واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم
المغشوشة قبل نقدها عند ابي حنيفة بطل البيع خلافا لهما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف
مخالف لما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف
بين اصحابنا الثلاثة وذكروا انقل الكتب المذكورة وليس فيه السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار فهو ما قيل
فيه اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد
الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو ابق العبد كما لو اسلم في الرطب فانقطع اوانه وهذا
بظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر يمنعه لانه دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث
قالا الكساد لا يوجب الفساد فجعله مقداهما يفضي الى التحكم الا اذا اظهر معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم
اظفر بذلك قال ولو استقرض فلوسا فكسدت تجب عليه رد مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اي استقراض
المثلي اعارة كان اعارة قرض وموجب استقراض المثلي رد عينه معنى وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة
لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل وجعل
بمعنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل بمعنى
العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين ان لو رد مثله حال كونه نافقا اجاب المصنف رحمه الله ان
الثمنية فضل فيه اي في القرض اذ القرض لا يختص به اي بمعنى الثمنية ومعناه ان الثمنية ليست عن القرض ولا
لازما من لوازمه حتى لا ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع
لان دخولها في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فاتت ذلك بالكساد تحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية اقرب الى العين
من القيمة فلا يصار اليها ما دام ممكنا وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض وليس المثل
المجرد عنها في معناها فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد
يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف يعني بين ابي يوسف ومحمد فيمن غصب مثليا فانقطع فعند ابي يوسف
تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع وسيجيء وقول محمد انظر للمقرض والمستقرض لان على قول ابي حنيفة
يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابي يوسف تجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمته يوم القبض
اكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد انظر للجانبين وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض
معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمته يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله ايسر
قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس يعني ان ذلك
النصف من الدرهم فلوسا لانه وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس
وكذا اذا قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم او بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة
ونصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز وقلنا
فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد واذا
زاد على الدرهم جوزه ابو يوسف بناء على كونه معلوما وفصل محمد بين ما دون الدرهم وما فوقه فجوز فيما دون الدرهم خاصة
لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول ابي يوسف لا سيما
في ديارنا بناء على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف قال ومن اعطى صيرفيا درهما فهذه ثلاث مسائل
ان يعطي درهما كبيرا ويقول اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا اي درهما صغيرا النصف نصف درهم الا حبة
جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل بنصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف
بنصف الا حبة وهو ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة بطل في الكل لان اتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه

فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لا بحث عن ابي حنيفة رحمه الله والثانية
ان يكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد احدهما لا يوجب
فساد الاخر كما لو قال بعني بنصف هذا العبد الفا عبدا وبنصف هذا دنانير الخمر فانه لا يجوز البيع في العبد صحيح وفي الخمر
فاسد ولم يشع الفساد لتفريق الصفقة وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليمان
والشيخ الامام شيخ الاسلام ان العقد لا يصح ههنا ايضا وان كرر لفظ الاعطاء لاتحاد الصفقة فان قوله اعطني
مساومة وبتكرارها لا يتكرر البيع وهذا لان تكرر المساومة لا ينعقد البيع فان من قال بعني فقال بعت لا ينعقد
البيع ما لم يقل الاخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح وهو
اختيار المصنف والثالثة ان يقول اعطني بنصف درهم فلوسا وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الا حبة
جاز والفرق بينها وبين الاولى انه لم يكرر لفظ بنصفه بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف
درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله والثاني بازاء الفلوس قال المصنف وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة
الثانية اراد قوله اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة وهي الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة الاولى ليست
بمذكورة في اكثر نسخ المختصر قال ابو نصر الاقطع في شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ والله اعلم

كتاب الكفالة

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامرها كان فيها معنى المعاوضة
انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة والكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها
الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلا وضامنا لمصالحها وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل
في الدين والاول اصح لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما سيجيء
ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بانه اذا وهب رب الدين دينه للكفيل
فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه ضرورة تصحيح التصرف
وجعلناه في حكم دينين قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون
بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه تكفل بما لا يقدر على تسليمه لانه ربما في مثله لا ينقاد له ليسلمه ولانه
لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامره فلان امره بالكفالة لا يثبت له عليه
ولاية في نفسه ليسلمه كما ان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان
له ولاية على مال نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم اي الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقه
يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال هو متروك الالتزام لانه صلى الله عليه وسلم حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم
فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم ينبئ عن لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس
لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به قوله ولانه يقدر على تسليمه جواب عما قال الخصم تكفل بما لا يقدر على تسليمه
وتقريره انا لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه قوله اذ لا قدرة له على نفس المكفول به ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو
مقدور ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول
به شرعا مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له قوله والحاجة ماسة استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى
القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا قال وينعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع
في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان او بجسده او
ببدنه وقسم يعبر عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته فان كلا منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة
لكنه يشمل بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شائع كنصفه او ثلثه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها
شائعا كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن
حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وكذا ينعقد اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة
الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او
عيالا فالي والكل اليتيم والعيال متى يعولها اي ينفق عليه ويجوز ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا
قال انا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقد روي بانه او قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا
قال انا ضامن لمعرفته لانه التزام المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال انا ضامن لك لمعرفة فلان فهي كفالة
على قول ابي يوسف وعلى هذا معاملة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا
طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما دري لما يدعي فاذا علم ذلك
وامتنع فاما ان يكون لعجز او مع قدرة فان كان الثاني حبسه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه او لا فان كان الاول امهله
الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافقه

على ذلك اولا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم
للحال وان كان الثاني فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كان له خرجة معروفة يخرج الى موضع
معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد
له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه تمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر للزوم المطالبة
اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الا ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه
فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بقوله فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب اليه
واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة قال ـــــ واذا احضره وسلمه في مكان اذا احضر الكفيل
المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة
بالنفس المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فيبرأ الكفيل لانه ما التزم التسليم
الا مرة واحدة وقد حصل ذلك قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود
وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت
اما في زماننا اذا اشترط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المحل لان الظاهر المعاونة على
الامتناع لغلبة اهل الفسق والفساد لا على الاحضار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرأ لعدم
المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي
كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه لانه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا
يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم ان يكون في ما عينه يتوهم ان يكون في الذي سلمه فيه فتعارض الوهمان
وبقي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ وهذا لان المعتبر تمكنه من ان يحضره مجلس القاضي
ليثبت الحق عليه او يأخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فان ابا حنيفة كان في القرن
الثالث وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يميلون
الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصر وفي مصر آخر
ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فقيد
التسليم بالمصر الذي تكفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان
كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على المحاكمة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان يأتي به
الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لانه حال ما
كفل قادر على الاتيان به قال ـــــ واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس لان الكفالة بالنفس تبقى ببقاء
الكفيل والمكفول به وموتهما او موت احدهما مسقط لها اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عجز عن احضاره ولانه
سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل واما اذا مات الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول بنفسه
لا محالة فان قيل فليؤد من ماله اجيب بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه
الى المكفول له لانه لا حاصل له وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل بالمال فان
الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال وحال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ
من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره كما في حال الحياة واما اذا مات المكفول له فللوصي ان
يطالب الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فلوارثه ان يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت قال ـــــ ومن
كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه برئ لانه يعني البراءة ذكر
لتذكر الحكم وهو الموجب ومعنى الكفالة بالنفس موجبها البراءة عن التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب
عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكحل الاستمتاع
فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف اي لان دفع
المكفول الى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت بالتصرف بدون ذكرها صريحا وليس فيه
لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير انما اورد هذا لنفي الاشتباه لان تسليم النفس [illegible] يحتاج اليه وقتا بعد وقت فلا اوجب على نفسه التسليم
ولم يذكر التكرار او اوجد التسليم ولا يشترط قبول التسليم كما في قضاء الدين لان الكفيل يبرأ بنفسه بايفاء عين ما التزم
فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن قبوله كيلا [illegible] له الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان
وصار كتسليم الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طولب به فهو يبرئ
نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة

نفسه ومن جهة الكفيل فالم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل ولم يبرأ على هذا ما ذكر في النهاية
[illegible] قوله لانه مطالب بالخصومة اي لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا فيه
نظر لانه لا يلزم المتبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة اخرى كما بينا ولانه يستلزم ان يبرأ الكفيل وان لم
يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط وان [illegible] وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه
قال ـــــ وان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به على وقت كذا رجل قال ان لم اوافك بفلان الى شهر فانا ضامن
ما عليه وهو الف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال واوفاه اي اتاه من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مقدار
لانه لو لم يقله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة خلافا لهما وبقوله وهو الف وهو غير مقيد اذا قال فعلي ما لك عليه
ولم يسلم ليتم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع ولهذا لو قال لك ما ادركك في
هذه الجارية التي اشتريتها من درك صحت وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة وان لم يعلم هل تبلغ النفس اولا ثم الحكم
في هذه المسئلة شيئان احدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند ادائه ما تكفل
به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال تعلق في هذه الصورة معلقة بشرط
عدم الموافاة وهو شرط لتصريحه بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الوفاء
صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه
المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه وتقديره ان الكفالة بالنفس لتحقيقه
حق المكفول لا يبطل الا بما ينافيها من تسليم او ابراء او موت وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما ولان
كل واحد منهما للتوثق فلا يبطلها وكيف يبطلها وقد يكون عليه مطالبة لغيره فلو ابطلها يفضي الى الضرر
بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البدل ينافي
وجوب المبدل كحصول الكفارة واجيب بان بدليتها ممنوعة بان كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر كالكفالة
بالنفس بعد مثلها وان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما اذ ذاك واجب بخلاف حصول الكفارة على الصحيح وقال الشافعي
رحمه الله هذه الكفالة المتعلقة بالشرط لا تصح لان تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع
ولزوم المال بالعوض والرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا
التزام المطالبة لا التزام المال [illegible] ولكنه اشبه البيع مطلقا او من وجه الاول هو الثاني بعيد المطلوب لانه
البيع من وجه كما مر واشبه النذر من حيث الالتزام شبه البيع يقتضي الا يجوز التعليق بالشرط كله وشبه النذر يقتضي
جواز ذلك فاعمال الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط محض غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف
عملا بهما والتعليق بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا بتعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس
ورغبتهم في ذلك اكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال ومن كفل بنفس رجل ومن كفل بالنفس وقال ان لم اواف
به غدا فعلي المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسئلة الجامع الصغير
لكن وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة في ان كلا منهما وجوب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها عدمها هنا بالموت وفيما
عدم بغيره وذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة وهو ان الكفالة بالنفس اذا سقطت
وجب ان يسقط ما ترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها [illegible] مقصودة ولهذا اذا وافاه بالنفس لم يلزمه المال وقد
سقطت فاذا سقطت الاولى بالابراء فيجب ان يسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس
يبرأ بموت المكفول به والا لزم الا ان يكون ما فرضنا تأكيدا [illegible] مقصودا بالذات وذلك خلف [illegible] الامام
ظهير الدين في فوائده لان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له لان الابراء يفسخ الكفالة من كل وجه والموت يفسخ
فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخ حق الكفالة بالمال
لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يحقق هذا ما ذكره ولا يلزم [illegible] ضرورة التأكيد مقصودا لان المؤكد المشروط
بالنسبة اليه فهو تأكيد كما كان فان قيل اذن يضر الكفيل وهو مدفوع قلنا الالتزام منه غير مدفوع وقد التزم حيث
تيقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل لم يستثن ظنا منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما ترتب عليها قلنا دعوى
منه على خلاف الاطلاق لفظه ان لم اواف فلا يصدقه في اقرار غيره قال ـــــ ومن ادعى على آخر مائة دينار
ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بانها جيدة او رديئة هندية او مصرية او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم
يواف به غدا فعليه المائة فطالبه ولم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وقال محمد ان لم يبينها
حتى تكفل ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك
لوجهين احدهما ان الكفيل معلق كفالته بالمال مطلقا عن الصفة حيث لم ينسبه الى ما عليه بأمر متردد وقد لا يكون
وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه غدا فلا يصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها لا حتى ان لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه

وان لم يبين المال صح القول في المسائل ان الدعوى غير صحيحة بلا بيان فلم تجب الاحضار النفس وعندنا لا تصح الكفالة

بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليتركه المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام ابو منصور الماتريدي
وهو كما ترى يقتضي انه لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما ينبني عليها وهذا منسوب الى الوجه للشيخ الامام ابو الحسن
الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى وقيل ان المال ذكر معرفا لانه قال فعلي المائة فينصرف الى
ما عليه ويكون الشبه موجوده فخرج على كونه رشوة وكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة
بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة في مقابلة النكتة الاولى لمحمد قوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقريره
ان المال اذا لم يكن معلوما لا باس بذلك لان العادة جرت بالاجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان
عند الحاجة في مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمائة
المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها ويبينها في الآخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله
في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة قال ولا تجوز الكفالة بالنفس من توجه عليه الحد والقصاص اذا طلب منه كفيل نفسه
بان يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعي عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند ابي حنيفة وعلى هذا يكون
معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا تجوز اجبار الكفالة بحذف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجازا وقال ابو يوسف ومحمد
يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقه وفي القصاص لانه خالص حق العبد لان المغلب فيه
حق العبد على الخلوص لما عرف ان القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الحبس بل
الامر بالملازمة بان يدور الطالب مع المطلوب اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى باب داره واراد الدخول يستاذنه الطالب
في الدخول فان اذن له يدخل ويكون معه حيث سكن وان لم ياذن له بالدخول يجلسه في باب داره ويمنعه من الدخول
بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بها وان طابت نفس الكفيل به سواء اعطاه قبل
اقامة البينة او بعدها اما قبل اقامتها فلان احدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا
وشرب الخمر وهذا لم يكفل بحق واجب على الاصيل وبعد قيام البينة فيحل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا
حاجة الى اخذ الكفيل ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد فيه وبين ما هو
خالص حق الله قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخطاب في ادب القاضي عن شريح
وقال الصدر الشهيد في ادب القاضي روي هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله ولان مبنى الحدود والقصاص
على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس اتم من اخذ
الكفيل اجيب بان الحبس للتهمة على ما نذكر لا الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فليكتفى بالاستيثاق
كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه
فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كما في الاموال ولو سمحت نفسه اي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير
جبر عليه في القصاص وحد القذف صح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به
الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم والحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين قال
ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان لا يحبس الحاكم في الحدود من وجب عليه وفي بعض النسخ فيهما اي في حد القذف والقصاص
حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل معروف اي يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للتهمة اي لتهمة الفساد
لا لاثبات المدعي لانه يحتاج الى حجة كاملة والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة لان الحبس للتهمة من
باب دفع الفساد وهو من الديانات والديانات تثبت باحد شطريها وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا
بالتهمة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا تثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس فيه
اقصى عقوبة كما في الاموال اذا ثبتت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان
اقصى عقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فان الاقصى فيها القتل والقطع او الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة والتأمل
المدعي بحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤوا الحدود بالشبهات وبالاجماع على
ذلك فينتفي الحبس للتهمة ويمكن ان يجاب بان يحمل قولهم للتهمة على ان المراد به ان يتهم الحاكم انقيادا لها وان فيه وما يتابه ان
الدرء مامور به والتركوا النهي وتوام لاقتضائه الى ف والقائم الذي شرع الحدود للدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة
ولم يحبسه الحاكم اتهم بانه متهاون في ذلك وهو قادح في عدالته والامتناع عن امتثاله مامور به فيحبس باحد شطري الشهادة
اذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا للتهمة عن الحاكم والحبس من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع تعليما للجواز حيث
لم يكن صلى الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك اذ اسمع الحجة الكاملة تحملا للدرء هذا والله اعلم بالصواب وذكر في كتاب ادب
القاضي ان الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية الحبس ولا يكفل وفي رواية اخرى عكسه لحصول الاستيثاق
باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا يخفى قال والرهن والكفالة جائز ان في الخراج اورد هذه المسالة
ههنا دفعا لما عسى يتوهم ان اخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلاة دون الديون المطلقة وان جواز الكفالة

فمن ثبت الدليل عليه للحوض الصحيح مع منع المناقشة بالتأمل

يقتضي

يقتضي دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك الا ترى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلازم من عليه لاجله فصح الكفالة
عنه وان قيل مطلق يعني في الحياة والممات احترازا عن الزكاة فانها مطالب بها اما في الاموال الظاهرة فالطالب هو
الامام واما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولكان الرهن توثيقا
كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة فقوله لانه دين يطالب اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح المطالبة به في الحياة
والممات يصح به الكفالة بالاستيفاء لوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله يمكن الاستيفاء اشارة الى صحة الرهن فانه
معتمد امكان الاستيفاء لكونه توثيقا لجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه قيل وكلام المصنف
لف ونشر مشوش ولا يعد في قصده ذلك قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه بعد الكفالة عن شخص واحد صحيح
كفلوا جميعا او على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اي يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة الكفيل الاصيل
في المطالبة بان يكون مطالبا باحضار المكفول به كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولقد قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد
برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو حلف باطل والمقصود من شرع الكفالة التوثيق وبالثانية
يزداد التوثيق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه
قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لانها انما صحت ليزداد التوثيق فلو برئ الاول ما ازداد الا ما نقص فما
فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف وهو باطل وقال ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم مما وجب على الثاني
فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين وهو بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين يبرئ المطلوب فكذلك
ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والاصل موافقتها ويقتضي الى التفرقة بين الكفالة والحوالة فانها
تبرئ المحيل وذلك باطل ثم اذا اسلم احد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه قال واما الكفالة
في بيان ما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله فكفلت عنه بالف
او مجهولا كقوله تكفلت عنه بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا لان مبنى
الكفالة على التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به ليسيره وغيره بعد ان كانت متعارفة قوله وعلى الكفالة
بالدرك بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة الى نفي قول من قال ان الضمان بالمجهول
لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول وصار
الكفالة بالمال المجهول كالكفالة بالشجة اي الشجة كانت اذا كانت خطا فانها صحيحة وان كانت مجهولة لاحتمال السراية
والاقتصار وانما قيل خطا لانها اذا كانت عمدا او قد سرت وكانت الشجة بالة جارحة فانها توجب القصاص والكفالة
لا تصح ولو قدر ذلك في كلامه لم يحتج الى التقييد به وشرط ان يكون المكفول به دينا صحيحا وفسره بان لا يكون بدل
الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو الدين له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه
من ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب ان يسقط البدل بتعجيز نفسه وقيل لان المولى لا يجب له مستوجب
على عبده شيء فيطالبه به قال والمكفول له بالخيار المكفول له مخير بين ان يطالب الذي عليه الاصل اي الدين
وسمي الدين اصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعا وهذا التخيير بناء
على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاولى لا البراءة عنها الا اذا اشترطت البراءة فتصير
حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ المحيل يكون كفالة فعلى هذا له ان يطالبهما جميعا جملة ومتعاقبا بخلاف
المالك اذا اختار احد الغاصبين اي الغاصب وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين احدهما لا يقدر على تضمين
الآخر لان اختياره احدهما يتضمن التمليك اذا اقضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة
فلا يتضمن التمليك قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل ان يكون شرطا
لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل ان يقول اذا قدم زيد وهو المكفول عنه او لتعذر
الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة او اذا مات ولم يدع شيئا او ان حل مالك عليه ولم يواف به فعلي ولا يجوز
بشرط مجرد عن الملاءمة كقوله ان هب الريح او جاء المطر وقيل حمل بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف عليه السلام علق
الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك كان نداء بامر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا
شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين احدهما ما قال بعض الشارحين ان هذه الآية محمولة على
الكفالة لانه يأتي به لا لبيان الكفالة فهو كقول من ابق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما يكون اذا
التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني ان ما في الآية متروك الظاهر لانها تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل
الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بها مهما امكن واجب فكان معناه والله اعلم ان يقول المنادي
للعير ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فيكون ضامنا عن الملك لا عن نفسه فيتحقق حقيقة الكفالة وعن
الثاني بان في الكفالة الآية امرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز احدهما بدليل

له

له

ف

الا انه مما ضم الى النفس ثبت الدين ولو كان الاصل لا يصح الكفالة به

ثم كفلت ان يكون الامر لا انه لو كان اجنبيا كان السبيل كما ع البيوع والسلم انه لم يجز

الكفالة

لا يستلزم عدم جواز الاول فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له فان الاولى
لا يمنع الجواز اصلا والثانية تمنعه اذا كانت مضافة كقوله تكفلت بما بايعت احدا من الناس والثالثة تمنعه مطلقا
فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها لانه قال تعالى ولمن جاء به حمل بعير وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم يمنع
مطلقا والثانية انما تمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتي
وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فالمجهول باق على اصل القياس والثالثة
انما تمنعه مطلقا لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا يصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق
والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول اصلا واذا كانت بمنزلة البيع في حق الطالب كانت
جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة
المعتق لا تمنع جهالة العتق وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتي قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا اي كما
لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح جعلهما اجلا للكفالة وفي كلامه نظر من اوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق
يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوفا على قوله فاما
لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما اجلا وليس الثاني كذلك لقوله بعده الا انه يصح الكفالة
الثالث ان المدلول لا يطابق الدليل لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم
بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو اول المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول
بان حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة والمجموع ينتفي بانتفاء جزء منه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة
ولا ينتفي الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع اذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والاجل عارض
بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم في الصرف ما يقاربه ان كان على ذكر منك وعن الثاني بان
فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره فكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما اجلا وعن الثالث
بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقرينة قوله وجب المال حالا وتقديره لان الكفالة لما صح تاجيلها باجل متعارف
لم يبطل بالاجال الفاسدة كالطلاق والعتاق ومجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما فان قال تكفلت
بما لك عليه فقامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاين ما عليه وكفل عنه
لزمه ما عليه فكذا اذا ثبت بالبينة فصح الضمان به وان لم يقم بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف
لانه ينكر الزيادة وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا اقر بشيء مجهول وانما كان مع يمينه لان
من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشيء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال واليه
اشار بقوله لانه ينكر الزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر مما اقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له
عليه ويصدق في حق نفسه لولايته على نفسه كالمريض اذا اقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرماء
ديون الصحة حيث يقدمون على المقر له في حالة المرض قال ـــــ ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره
الكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل عني وبغير امره سيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها
وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وامثاله لا يفصل بين كونها بامر او بغيره ولان الكفالة التزام ان يطالب
بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكلما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف ههنا هو الطالب والمطلوب
فقط والطالب غير متضرر بل منتفع لا محالة والمطلوب ان تضرر فانما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر وفيما لم يأمر لم يتضرر
وان امر فقد رضي والضرر المرضي غير ضائر فتبين ان الكفالة بنوعيها مما يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكلما هو كذلك فالقول
بجوازه واجب ثم ان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دين غيره بامره رجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا
عليه وعبدا اذا كان الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على الصبي اصلا وعلى العبد ما دام رقيقا لان المراد بالامر ما هو معتبر
شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره ادّ عني زكاة مالي واطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامره ولا
يرجع عليه ما لم يقل الامر على اني ضامن لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير امره لم يرجع
لانه متبرع بادائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك رحمه الله الكفيل اذا ادى رجع سواء كفل بامره او بغير امره لان الطالب بالاستيفاء
ملكه المال من الكفيل او اقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل
بامره فيتضمن الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يؤخر الى ادائه وهذا لا يكون عند كفالته
بغير امره قوله رجع بما ادى اعلم ان الكفيل يرجع بما يملك المكفول به في فصول منها الادا الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها
ارثه له وصلحه اياه على جنس آخر واما الفصل الاول على نوعين احدهما ان يكون ادى بما ضمن وفيه الرجوع بما ادى لانه مثل ما
ضمن والثاني ان يكون ادى خلاف ما ضمن كما اذا ادى زيوفا بدل ما ضمن من الجياد وتجوز له ذلك او بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما
ضمن لا بما ادى قال المصنف رحمه الله لانه ملك الدين بالاداء فينزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته فكذا من

نزل

نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو ان يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه
ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل الميراث وهو ان يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه
مقام الطالب وفيه بحث من وجهين احدهما ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة
في المطالبة لا في الدين والثاني ان في الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن واما في الاداء فبخلاف ما ضمن فقد
تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد اعني ما ادى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدهما
ان تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه واذن له في القبض فقبضه وههنا لان ذلك انما لا يصح لانه
تمليك ما لا يقدر على تسليمه واذا اذن له بالقبض صار كانه اخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه فيحتمل ان
يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك ضرورة
واما اذا كانت فيجوز ان يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك ان يجعل الدين
في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره وامكن ذلك لانه ولاية نقل الدين اليه بحالة الدين عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى
تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له في ان الابراء لا يرد بالرد والهبة ترتد به فان الابراء اسقاط محض كالعتاق
والطلاق يكفي مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا مقدور التسليم
وذلك لمن غير من عليه الدين غير مقدور فمست الحاجة الى نقل الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل
صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثاني بان التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم اذا نزل منزلة
الطالب ليس له ان يطلب الا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه
على رجل ليس له عليه دين وادى المحال عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملكه
الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب قوله بما ذكرنا في الحوالة قيل يريد به حوالة كفاية المنتهي قوله بخلاف المأمور بقضاء الديون جواب دخل
تقديره ان الكفيل لا يرجع الا بما ادى عنه وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الديون والمأمور يرجع بما ادى فكذا الكفيل
وتوجيهه ان الماموز بقضاء الدين لم يجب له على الامر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب
فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتباره فلو ادى الزيوف عن الجياد ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد
لان اداء المأمور به لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر ما يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله رجع بما ادى
باطلاقه فيه تسامح واما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين احدهما ان يصالحه على اقل من الدين كما اذا صالح عن الالف
على خمسمائة وفيه يرجع بما ادى لا بما ضمن لان الاسقاط فكان ابراء في ما بدا الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما
نذكره والثاني ان يصالحه على جنس آخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي قال ـــــ وليس للكفيل ان يطالب المكفول
عنه بالمال الكفيل بالمال ليس له ان يطالب المكفول عنه قبل ان يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل الاداء
فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما اي بين الموكل والوكيل
مبادلة حكمية ولهذا اوجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن كالبائع
والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة قال ـــــ فان لوزم بالمال اذا لوزم الكفيل له ان يلازم المكفول عنه
اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو الذي اوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبسه كان
له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بامره وقال الشافعي ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقلنا هو مورط
فعليه الخلاص وكذا اذا حبسه كان له ان يحبسه فاذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى دينه برئ الكفيل لانه ابراء الاصيل
وابراء الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالابراء فلم يبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على
الكفيل لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علتها وقوله في الصحيح احتراز عن
قول بعض المشايخ بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل ايضا على ما تقدم ولا يتوهم ان على ذلك القول براءة الاصيل لا يوجب
براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعلل بان الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء
والابراء فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل
قولكم براءة الاصيل يوجب براءة الكفيل منقوض بما اذا اشترط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة فلم
يوجب براءة الكفيل قلنا لا نقض في ذلك فانا قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل واذا اشترط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة
لم يبق هناك كفيل بل الباقي اذ ذاك محال عليه ولم يقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه وان ابرأ المطالب الكفيل لم يبرأ
الاصيل لان على الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط اصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل بدون
الطلب او بدون الكفيل جائز الا ترى انه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل وان اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن
كفيله وان اخر عن كفيله لا يكون تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابراء موقت لاسقاط المطالبة الى غاية فيعتبر بالابراء المؤبد
ورد بان هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل الا ترى ان الكفيل لو رد الابراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الابراء وسقط عنه

المطالبة ولو ورد الابرا الموقت ارتد ووجب عليه اداما ضمنه حالا والجواب ان اعتبار الشي بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه
والا لا ينفي الاعتبار نعم تحتاج الي ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول احدهما الرد دون الاخر وهو ما ذكروه ان الابرا المويد
اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبه والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار واما الابرا
الموقت فهو تاخير مطالبه ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتاخير قابل للرد ودوله بخلاف ما اذا كفل يجوز ان يكون
جواب دخل تقريره لا نسلم ان التاخير عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال موجلا الي شهر فانه يكون
تاخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتاخير عن الكفيل بل هو تاخير لاصل الدين لانه لما شرط التاجيل في ابتدا الكفاله ولم يكن
حينيذ حق للطالب سوي الدين لان المطالبه الحاصله بالكفاله لم يثبت بعد تعين تاخيره واذا كان تاخير الاصل الدين وهو في ذمة
الاصيل تاخر عنه وعن الكفيل جميعا اما ههنا اي فيما اذا اجل بعد الكفاله فانما كان التاخير للمطالبه الحاصله بالكفاله ولا يلزم من ذلك
تاخير اصل الدين قال فان صالح الكفيل مصالحة الكفيل رب الدين علي اقل من قدر الدين يحتمل علي اربعة اوجه هو ان شرط
برا تهما جميعا او براة المطلوب خاصة او براة الكفيل خاصة اولم يشترط شيا من ذلك ففي الاول والثاني برأ جميعا وفي الثالث
يبري الكفيل عن خمسمايه لا غير والالف بحاله علي الاصيل والطالب بالخيار ان شا اخذ جميع دينه من الاصيل وان شا اخذ خمسمايه من
الكفيل وخمسمايه من الاصيل ويرجع الكفيل علي الاصيل بما ادي ان كان الصلح والكفاله بامره وفي الرابع وهو مسيله الكتاب فان قيل قال
الكفيل للمطالب صالحتك عن الالف علي خمسمايه ولم يرد علي ذلك بري جميعا عن خمسمايه لان اضافة الصلح الي الالف اضافة الي ما علي الاصيل
حيث لم يكن علي الكفيل سوي المطالبه فيبرا الاصيل وبراته توجب براة الكفيل لما تقدم ثم نابري جميعا عن خمسمايه برا الكفيل
ويرجع الكفيل علي الاصيل بما ادي لانه اوفي هذا القدر بامره ولو قال صالحتك عما استوجبت بالكفاله كان فسخا للكفاله لا اسقاطا لاصل
الدين فياخذ الطالب خمسمايه من الكفيل ان شا والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل علي الاصيل بما ادي ومصالحته اياه بخلاف الجنس
يملك الاصيل الدين منه بالمبادله فيرجع بجميع الالف واعترض بانه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز واجيب بانه جعل الدين
في ذمة الكفيل ليصير الدين بدلا من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين ويكون البراة مشروطه للكفيل فيرجع علي الاصيل لان
براة الكفيل لا يوجب براة الاصيل بخلاف ما اذا صالح علي خمسمايه حيث لا يمكن ان يكون بدلا عن الالف
لكونه ربوا فيبقي الدين في ذمة الاصيل والبراة مشروطة له وبراته توجب براة الكفيل فيبرا ان عن خمسمايه ويرجع الكفيل علي
الاصيل بخمسمايه اذا كفل بامره كما ذكرنا قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا ذكر ههنا ثلاث مسايل متعلق بالابرا احداها ما ذكر فيه
ابتدا البراة عن المطلوب وانتهاوها الي الطالب وعكس الثانيه ان يذكر ابتداوها من الطالب والثالثة بالعكس فالاولي ان يقال
لكفيل ضمن له مالا بامره قد برئت الي من المال وفيها يرجع الكفيل علي الاصيل لما ذكر ان البراة التي تكون ابتداوها من المطلوب اي
الكفيل وانتهاوها الي الطالب لا يكون الا بالايفا فكان بمنزلة ان يقول دفعت الي المال او قبضته منك وهو اقرار بالقبض
فلا يكون لرب الدين مطالبه من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل علي الاصيل والثانيه ان يقول ابراتك وفيها لا رجوع للكفيل
علي الاصيل ولكن لرب الدين ان يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براة لا تنتهي الي غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا
بالايفا وهاتان بالاتفاق واما الثالثة وهو ان يقول بريت والابراد عليه فقد اختلف فيه قال محمد هو ان يقول مثل ابراتك
لانه يحتمل البراة بالاداء والبراة بالابرا الثانيه ادناهما فيثبت قوله ولا يرجع الكفيل بالشك يجوز ان يكون دليلا اخر وتوجيهه
ان يقال تيقنا حصول البراة باي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراه ان كانت بالادا رجع الكفيل وان كانت
بالابرا لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال ابو يوسف هو مثل ان يقول برات الي لانه اقر براه ابتداوها من المطلوب فانه ذكر حرف
الخطاب وهو التا وذلك ان يكون بفعل مضاف اليه علي الخصوص كما اذا قيل قمت وقعدت مثلا وهو فيما نحن فيه الايفا
لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فيقع البراة واما لم يوجد من الطالب صنع فان البراة بالابرا فما
لا يوجد بفعل الكفيل لا محاله وقيل ان ابا حنيفه رحمه الله مع ابي يوسف في هذه المسيله وكان المصنف اختاره واخره وهو
اقرب الاحتمالين فالمصير اليه اولي وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل واما اذا كان
غايبا فالاستدلال علي الوجوه المذكوره واعترض بوجهين احدهما ان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان المجمل وقد ظهر مما ذكر ان العمل
به ممكن والثاني ان حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا علي العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات والنفي فكيف
يكون مجملا مع انتفا لازمه واجيب بان قوله برئت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفا الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال
لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان يقال برات الي لاني ابراتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكروه في تعليل
الاوجه الثلاثه استدلالي لا صريح في الايفا وغير الايفا فكان العمل به عند العجز كالعمل بالبعض فلما امكن العمل بصريح البيان
من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في دلالته علي المراد وكونه غير صريح في الايفا والابرا هو الذي سوغ
استعمال اللفظ المجمل والرجوع الي بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة فيه وهذا تطويل لا طايل
تحته ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان كان المراد به المجمل اللغوي فهو ما كان فيه ابهام فالخطب اذن اهون هونا قال
ولا يجوز تعليق البراة عن الكفاله بالشرط تعليق البراه عن الكفاله بالشرط مثل ان يقول اذا جا غد فانت بري من الكفاله

لا يجوز

لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معني التمليك كما في ساير البراات والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض وروي انه اذا كفل
بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا بري من المال فوافاه من الغد فهو بري من المال فقد جوز تعليق البراة عن الكفاله
بالمال بموافاة المكفول به والمسيله في الايضاح ويروي انه يصح لانه اسقاط محض كالطلاق لان علي الكفيل المطالبه دون الدين
في الصحيح ولهذا لا يرتد الابرا عن الكفيل بالرد بخلاف ابرا الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين
ان عدم الجواز اي هو اذا كان شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جا غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما
لا يجوز تعليق الكفاله بشرط ليس للناس فيه تعامل فاما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراة به
صحيح كالمسيله المنقوله من الايضاح فان الطالب له فيه نفع لما فيه من ابرا البعض واستيفا البعض ومثله متعامل الا تري ان
صاحب الدين اذا قال عجل خمسمايه علي اني ابراتك من الباقي كان صحيحا وان علق البراة عن البعض بتعليق بتعجيل البعض
ورواية عدم الجواز محموله علي ما اذا كان الشرط محضا غير متعارف ورواية الجواز علي ما يقابله قال وكل حق لا يمكن استيفاوه
من الكفيل لا تصح الكفاله به ذكر ضابطه لما لا يصح الكفاله به ومعني قوله لا يمكن لا يصح لان امكان الضرب او حز الرقبه ليس بمنتف
لا محاله لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغه في نفي الصحه فاذا كفل رجل عن اخر بما عليه من الحد او القصاص
لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفا لان الاستيفا يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر اذ الوجوب عليه اما ان يكون اصاله
والعوض خلافه او نيابة وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المقصود الزجر وهو بالاقامه علي النايب لا يحصل وفيه تامل
وهو ان الزجر الا ان يكون للجاني بان لا يعود الي مثل ما فعل او لغيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما نري بعض المتهتكين
يعودون الي الجنايه وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامه علي النايب هذا في الحدود واما في القصاص فالاول
منتف قطعا لعدم تصور العود بعد الموت اصلا لا محاله والثاني كما في الحدود ولعل الاستدلال علي ذلك بالاجماع اولي فانه لم يرد
لاحد من اهله خلاف من جريانها في العقوبات فيكون التمليك تمسكا في المسلمات لانه غير مجوع قال واذا
تكفل عن المشتري بالثمن جازت الكفاله بالثمن عن المشتري جايزة بلا خلاف لانه دين كساير الديون وعلي هذا يكون ذكره
تمهيدا لذكر الكفاله بالمبيع والاعيان بعده اعلم ان الاعيان بالنسبة الي جواز الكفاله بها ينقسم بالقسمة الاوليه الي
ما هو امانه لا يجب تسليمه كالوديعه والمستعار والمستاجر ومال المضاربه والشركه والي ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الي ما هو
مضمون بغيره كالمبيع والرهون والي ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض علي سوم الشرا والمغصوب
والكفاله بالكل اما ان تكون بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفاله فيما يكون امانة او مضمونة بالغير ويصح فيما
يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي وعلي هذا لا يجوز الكفاله بالمبيع عن البايع بان يكون الكفيل للمشتري ان هلك
المبيع فعلي بدله لانه مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعه والمستعار والمستاجر لانها امانة
ويجوز في المبيع بيعا فاسدا او المقبوض علي سوم الشرا والمغصوب ويجب علي الكفيل تسليم العين ما دامت قايمة
وتسليم قيمتها عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعني ذلك ان يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمته عند الهلاك
فهو مضمون بغيره كما مر ومن عكس منع ان معني الكفاله بالاعيان مطلقا بنا علي اصله ان موجب الكفاله التزام اصل
الدين في الذمه فكان محلها الديون دون الاعيان وقلنا بنا علي اصلنا ان الكفاله ضم ذمة الي ذمة في المطالبه والمطالبه يقتضي ان
يكون المطلوب مضمونا علي الاصيل لا محاله والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره ليس كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون
المضمون بالدين لا بالقيمة غير مضمون علي الاصيل حتي لو هلك المبيع في يد البايع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد
المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا يلزمه مطالبه فلا يتصور الكفاله وان كان الثاني اعني الكفاله بتسليم الاعيان المذكوره فما كان
مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الي الراهن بعد
استيفا المرتهن الدين جاز وذكر في الذخيره ان الكفاله عن المرتهن للراهن لا تصح سوا حصلت الكفاله بعين الرهن او برده متي
قضي الدين ولعل محله اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شي علي الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب علي البايع رد الثمن
والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان مقدار الدين او زايدا عليه والزياده عليه
من ماليته كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعه ومال المضاربه والشركه
فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم لا يجوز الكفاله بتسليمه لعدم وجوبه كما لا يجوز بعينها وان كان واجب التسليم
كالمستاجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الي المستاجر كمن استاجر دابه وعجل الاجره ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفاله
والكفيل مواخذ بتسليمها ما دامت حيه فان هلكت فليس علي الكفيل شي لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا
بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المص ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعه اشارة الي عدم جوازه واظنه
تابع شمس الايمه السرخسي في ذلك فانه قال الكفاله بتسليم العاريه باطله قيل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في
الجامع ان الكفاله بتسليم العاريه صحيحه وفيه نظر فان شمس الايمه ليس ممن لم يطلع علي الجامع بل لعله قد اطلع علي روايه
اقوي من ذلك فاختارها وقوله لانه التزم فعلا واجبا دليل لما ذكرنا وفيه اشاره الي التفرقه بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون

لم يرد

يقول له

كما فصلنا قوله ومن استأجر دابة للحمل اعلم ان من استأجر ابلا معينة للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا وان استأجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان استأجرها معينة للحمل فكفل بالحمل لا يصح قال المصنف لانه اي الكفيل عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله واستدل به على عدم جوازه في الاعيان مطلقا وما ذكره في الايضاح جوابا لك فهو وهو قوله تسليم ما التزمه مقدور له في الاعيان المضمونة في الجملة فكان منصح التزامه لان ما يلزمه بعقده يعتبر فيه المقدور غير دافع لان تسليم ما التزمه مقدور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه ايضا وكذا اذا استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم يصح لما بينا انه عاجز عما كفل به قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس ولا يصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول وقال آخرا يجوز اذا اجاز حين ما بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قيل اي في نسخ كفالة المبسوط وفيه نبوة لان نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وانما هي نسخة واحدة فلو وجد في بعضها دون بعض يدل على تركه في بعض او زيادة في آخر وذكر في الايضاح وقال ابو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون الآخر وعلى هذا يجوز ان يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا لابي يوسف في وجه الرواية التي لم يشترط فيها الاجازة انه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالاقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر من العبادات ومنها العبادة لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في الفضولي في النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على احد ومنع عدم الضرر بجواز دفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء في ان الكفالة اذا صحت برئ الكفيل والمراد لك ضرر على الطالب ولهما ان في عقد الكفالة معنى التمليك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شطريه قوله الا في مسئلة واحدة هذا استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له وكأنه قال لا يصح ذلك الا في مسئلة واحدة استحسانا والقياس عدمها لما مر ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله عندهما ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته او الاجنبي لم يصح فكذا المريض وللاستحسان وجهان احدهما ان يقال اذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكأنه قال اوف على الدين وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم ان جهالة المكفول لهم تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ انما تصح هذه الكفالة اذا كان له مال عند الموت تصحيحا لمعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطا قيل في كلام المصنف تسامح لانه في معنى الوصية لا انه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما اذا دل لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في معناه يؤول الى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين ان يقول في معنى الوصية او وصية في الحقيقة والثاني ان يقال ان المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه اي الى قيامه مقامه لوجود ما تقتضيه من تفريغ ذمته وانتفاء المانع لوجود ما ينافيه من تفريغ الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا اجاب المصنف رحمه الله بقوله وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق اي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظرا الى الظاهر حالة التي هو عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولها زوجت وقبلت وذلك ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتمثيله للامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز ان يكون ما سكتين في هذه المسئلة قال ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ فمنهم من لم يصحح لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بغير الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي او لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لتضييق الحال عليه بعرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فرقنا على القياس او على انه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان ولهذا اجاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها قال واذا مات الرجل وعليه ديون اذا مات المكفول المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه اي دين وارث كان او اجنبيا لم يصح الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي صحيحة وهو قول الائمة الثلاثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة واما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لان كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا او الآخرة لا كلام في ثبوته وبقائه في حق احكام الآخرة واما في حق احكام الدنيا فهو ثابت ايضا

لانه

والنذر

لانه وجب لحق الطالب بلا خلاف وما وجب لا يمتنع الا بابراء من له الحق او باداء من عليه او بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كلها فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان صح ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل او له مال فان الدين باق بالاتفاق فدل على ان الموت لا يغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل اداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد كما لو اشترى بفلوس فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في احكام الدنيا ولابي حنيفة ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة انما يكون بنفسه او بخلفه وقد انتفيا جميعا فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود والفائدة الحاصلة منه فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي اهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحكم للمأمور به وان قلت قد يقال المال واجب اجاب المصنف بقوله لكنه اي الدين في الحكم مال لان تحقق ذلك الفعل من الخارج ليس الا بتمليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤول اليه في المآل فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور اقر بدين فانه يصح وتعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم يبق اصلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى ان المصنف ذكر دليل ابي حنيفة بطريق المعارضة ولو اخرجه الى سبيل الممانعة بان يقول لا نسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط وتذكر السند بقوله فان الدين هو الفعل كان ادق في وجوه النظر مما لا يخفى على المحصلين وبهذه النكتة واستغنى عن اعادتها فيما هو نظيره فيما سيأتي قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين جواب عما قالا لو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان على الف درهم وانا كفيل به صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد الدين اصلا ولان بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن المحلية واذا كان باقيا في حق المستحق حل له ان يأخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلسا لبقائه في حق البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد بطل في حق المشتري فكذلك انتقض العقد قوله واذا كان به كفيل جواب عن قولهما وكذا ابقى اذا كان به كفيل او له مال وبيانه ان القدرة شرط الفعل اما بنفس القادر او بخلفه واذا كان به كفيل او له مال فان انتفى القادر فخلفه وهو الكفيل او المال في حق بقاء الدين باق وقوله او الافضاء على ما هو النسخ وعليه اكثر النسخ نزل وكأنه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء الى الاداء بوجودهما باق بخلاف ما اذا عدما ويجوز ان يكون في الكلام لف ونشر وتقديره فخلفه وهو الكفيل او الافضاء اي ما يفضي الى الاداء وهو المال باق وعلى هذا اشترط في القدرة اما نفس القادر او خلفه او ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذ الافضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه للدلالة المذكور عليه كما في ونحن بما عندنا وانت بما عندك راض والرأي مختلف ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق فان الخلف ما به يحصل كفاية امر الاصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من التكلف مع الغنية عنه بالاولى فان قيل ان استدل الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة انصاري ليصلي عليه فقال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع عن الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام علي او ابو قتادة رضي الله عنهما على اختلاف الروايتين وقال هما علي يا رسول الله فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب ابي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله عليه السلام الزعيم غارم على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم ام لا واما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك من علي او ابي قتادة كفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيه سواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل ان يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روي انه عليه السلام كان يقول لعلي رضي الله عنه ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن بردت عليه جلدته ولم يجبر على الاداء ولو كان كفالة لاجبره على ذلك والحق ان من قال الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم اليه وجاحده مباهت حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة قال ومن كفل عن رجل بألف رجل كفل عن رجل بامره بألف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلو اما ان قضاه على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن ان يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل ان تؤدي فتقبضه او على وجه الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوع وانثه باعتبار الدراهم لانه تعلق حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه

اقراره

الدين فالم يبطل هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه مادام باقيا
لئلا يكون سعيا في نقض ما اوجبه وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعي فانه ليس له ان يسترد الا اذا الرفع كان الغرض وهو ان يصير زكاة بتمام
الحول ما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع لان الكفيل بالقبض ملك على ما ذكرنا وان كان الثاني فليس له ان يستردها ايضا لانه معلق بالموفي
حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه محض في يده امانة فان تصرف الكفيل فيما قبضه
على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصدق به لانه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما ان حصل من الكفيل او من الاصيل
فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له فملكه من حين قبض كمن قبض الدين الموجل معجلا وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على
المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك بوجوبه يثبت للكفيل بما للطالب على الكفيل ودينا على
المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل موجل الى وقت الاداء من حيث تاخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه الى
ما بعد الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو اخذ رهنا بدين موجل ولو ابرا الكفيل الاصيل قبل
الاداء الى الطالب من الدين او وهب منه يجوز حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره
الامام قاضي خان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا والى سبيل المستشهد بها وذلك لا يوافق ما تقدم
من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه في هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة
مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل اخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب
للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين الموجل اي لكونه نازلا منزلته ولو ابرا الكفيل المطلوب قبل ادائه صح وكذا اذا اخذ
رهنا ثم وهبه منه والى هذا ذهب بعض الشارحين وحمل ضمير عليه للمكفول عنه وجوز ان يكون للكفيل والمعنى حاله اي الكفالة
توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما يوجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التمحل ما ترى اي من تنزيل المطالبة
منزلة الدين الموجل وتملكه ما قبض بمجرد ماله من المطالبة مع ان المطالبة لا يستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او التقاضي فان له
المطالبة ولا يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب
على المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان الثابت الى
الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب
عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة
الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متاخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل موجلا ولهذا
ليس له ان يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما معنى قوله فنزل منزلة الدين الموجل وهو موجل قلنا معناه فنزل هذا الدين الموجل
منزلة دين موجل لم يكن بكفالة في ذلك اذا قبضه معجلا ملكه فكذا ههنا هذا ما سنح لي والله اعلم بالصواب الا ان فيه اي في الربح
الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد ادى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب ابي حنيفة رحمه الله بينه
في مسئلة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع في اواخر فصل احكام البيع الفاسد واما اذا قضاه
الكفيل فلا خبث فيه اصلا في قولهم جميعا واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد لانه ربح من اصل
خبيث وفي قول ابي يوسف يطيب لان الخراج بالضمان واصله المودع اذا تصرف في الوديعة وربح فانه على الاختلاف قال
ولو كانت الكفالة بكر حنطة مما كان حكم الربح فيما لا يتعين اما اذا كانت الكفالة فيما يتعين بكر من حنطة فقبضها الكفيل من الاصيل
قبل ان يوديه الى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال ابو حنيفة واحب الي ان يرده على الذي
قضاه معنى المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن ابي حنيفة وفي رواية كتاب البيوع عنه
الربح له لا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ويتصدق
به وجه رواية كتاب البيوع وهو قولهما دليلهما على انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه يسلم له الربح ووجه
رواية الكفالة انه تمكن الخبث مع الملك لاحد الوجهين اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير ان يقضي الكر بنفسه واذا كان
كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين ان يقر وبين ان لا يقر ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك اصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا
يكون فيه شبهة الخبث واما لانه رضي به اي يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه به فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن
راضيا به فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث اي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع الى اول الكلام وتقريره تمكن
الخبث مع الملك وكل خبث يكون مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث يعمل في الكر لانه مما يتعين والخبث سبيله
التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحقه اي لحق الذي قضاه فاذا رد اليه وصل الحق مستحقه
وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه استحبابا لا جبرا فاذا رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام
فخر الاسلام والاشبه ان يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة
فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف يطيب قال ومن كفل
عن رجل بالف فامره الاصيل الكفيل ان يتعامل انما بطريق العينة وفسره المصنف بان يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه

ويبيع

ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة فعل الكفيل ذلك قال فما
واقع له والربح الذي ربحه البائع عليه لا على الاصيل وسمي هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض
عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من
طلب الربح في البيع ربا كذلك والا لكان المرابحة مكروهة وانما لزم الربح الكفيل دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله
على ان كلمة على ضمان لكنه فاسد لان الضمان والكفالة انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس مضمونا على احد فلا يصح ضمانه
كرجل قال لاخر بع متاعك في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا ضامن به لك فانه غير صحيح واما وكالة فاسدة نظرا الى
قوله تعين يعني اشتر حريرا بعينه ثم بعه في النقد باقل منه واقض دينك وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين اي غير معلوم المقدار
والثمن كذلك فان قيل الدين معلوم والماخوذ به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن واذا
فسدت الكفالة والوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صور العينة
بصورة اخرى وهو ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب باثني عشر من المستقرض
ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة وياخذ منه عشرة ويدفعه الى
المستقرض فيدفع الى صاحبه وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم
اخترعه اكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل
واياكم والعينة فانها لعينة قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام
المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته او بما قضي له عليه حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد
صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به اما مال مقضي به على الاصيل لدلالة ما
قضي بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا
مطابقة بينهما ولما مال يقضي به يجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطال الله بقاءك وهو وان كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل
من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لاطلاقها وتقييد المكفول به حتى قيل ان ادعى
على الكفيل ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ
والشارحون ذهبوا الى تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به مال قضي او يقضي به بعد الكفالة والمدعي يدعي الفا يصح ان يكون قبل عقد
الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان
المكفول به اما مال مقضي ولم يدعه او مال يقضي به ومع غيبة الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة
فلا تقبل البينة ومن اقام البينة ان له على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه بامره قضي به على الحاضر والغائب جميعا وان
ادعى الكفالة بغير امره قضي به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلاثة فروق وذكر المصنف رحمه الله منها اثنين احدهما ان البينة
قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به او يقضي به فكانت الدعوى مطابقة
للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما
ذاب لك عليه او ما قضي لك عليه ولكن ليس لك عليه ان لزمه شيء من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بالف لكن ليس لك عليه شيء لم
يلتفت اليه والاخر الفرق بين الكفالة بامره وبينها بغير امره مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في ان لا
يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين ان يكون بامره وبغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء
ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء وكلما كان كذلك فهما متغايران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعواه احدهما لا يقضى له بالاخر لان الحاكم
الحكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي الا ترى انه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان الحكم واحدا وهو
الملك فاذا ادعى الكفالة بالامر وقضي بالكفالة بالامر ببينة ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه
فلو حضر الغايب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير امره فانها لا تمس جانب الغايب اذ ليس من ضرورة
وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل الا ترى الى الثالث ان صحة الكفالة بغير امر معتمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان
على فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث
بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا ادعى على رجل انه كفيل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يعينه ولم يقر واقام على ذلك بينة
وان له على الغائب الف درهم كان له قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامر او بغيره ووجهه
ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذا لم يكن اثبات ما يدعي على الحاضر الا باثبات ما يدعي على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم
امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعرفة بذاته واذا كانت بمجهول لا يصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول
يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك على فلان مال فانا كفيل فاثبته المدعي وبيان
تمام ذلك قوله وفي الكفالة بامره يجوز ان يكون فرقا اخر بين ما اذا اقام البينة على الكفالة بامره وبين ما اذا اقام عليها بغيره وان الثابت
بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبت الكفالة بالامر عيانا رجع الكفيل بما ادى على الاصيل فكذا اذا ثبت بالبينة وقال زفر ما انكر الكفيل

فقد زعم ان الطالب مبطل والمظلوم لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه كمن اشترى شيئا واقر بان البايع
باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البايع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد فيمن
اشترى عبدا فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما انكر العيب به ثم اراد ان يرده على بايعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لابي
يوسف حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بانه انما لم يكن له ان يرده على بايعه لان قوله
لا عيب به نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع
الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم اي باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك
وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم اي تصديق من الكفيل بان الدار ملك البايع فلو ادعى
الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لان الكفالة اما ان تكون مشروطة في البيع او لا فان كان الاول وهو شرط ملايم للعقد
فالدعوى بعد ذلك اذ الدرك يثبت بلا شرط الكفالة والشرط يزيده وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكانه هو الموجب
للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهة الطالب وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلانه
السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانه صحيح وان كان طلبها سعيا في نقض ما تم
من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة
احكام البيع وترغيب المشتري لاحتمال الا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكينا لقلبه فصار كانه
قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البايع فان ادركك درك فانا ضامن وذلك اقرار بملك البايع لا يصح دعواه بعد ذلك
والاحتمال ينزل منزلة الاقرار لانه يزول البرهان المعنى قال ولو شهد وختم ولو شهد ان فلانا باع الدار وختم شهادته فان
كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوب ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الايمة الحلواني
وان لم يكن لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتغير
بين ان يكون ختم اولا فان ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل شهادته ايضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملايمة ولا هي باقرار
بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك واخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا تكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ
الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قالوا ما ذكرنا ان البيع لا يكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب في الصك
ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه باع فلان او جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك او كتب شهد فلان ان
البيع اوجرى البيع بشهدي واما اذا كتب فيه ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا وهو ملكه وكتب الشاهد شهد بذلك
فانه تسليم فلا يصح دعواه الا ان شهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ
فصل في الضمان ومن باع لرجل ثوبا الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان مسايل الجامع الصغير وردت بلفظ
الضمان فصلها لتغاير اللفظ واعلم ان كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به فمن وكل رجلا ببيع ثوب ففعل
وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما
اي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصالة في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري
ما للموكل عليه شي كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شي كان حانثا وكذلك المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم ان يكون ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه امر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولان المال امانة في ايدي الوكيل
والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين فان ضمنا امينا لم يكن امينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغيير الحكم الشرعي
وليس للعبد ذلك لتأديه الى الشركة في الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير بتقرير اتم ما قرر عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهما
لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك ونوقض بانه يقول الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز ان يكون المال
امانة بيديه اذا لم يضمن فاما اذا ضمن فيكون ذلك رفعا للامانة الى الضمان وتحولا من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار كما اذا باع بالف
وحط منه والجواب ان رفع الامانة ثم باع بالف وحط منه انما يكون ببطلان الوكالة لئلا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها حينئذ انما
يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه تكفل بما وجب بالكفالة فلا يجوز ان يصح على وجه يبطل به اصلها بخلاف
مسيلة البيع فان الثاني ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن
لم يصح لانه ان صح فان كان بحصته من الثمن شايعا صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده وان صح في نصيبه مفرزا ادى الى قسمة الدين قبل قبضه
وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما ان يكون نصا او بوصف مميز وكلاهما في الذمة من الدين غير متصور وذكر في الفوايد الظهيرية
في تعليله لان ما يستحق بنصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيه اذ الثمن مالا يدل على ان احدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للآخر ولاية
المشاركة ولو صح الضمان فيما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع
فيه الرجوع ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شي لهذا المعنى قول مشايخنا ان في تجويز هذا
الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسالة لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شايع او بنصف هو نصيب
شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شايعا وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا ايضا

لانعقاد

الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة وكذا اذا ضمن احدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله
صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما ادى
وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بعد الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب
شريكه فكيف يصح شايعا اجيب عنه بان نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتبار ان اعتبار نصف شايع في كل جزء من اجزاء الثمن واعتبار
نصف مقدر في بعض افراده لا تعلق له في الباقي من الاخر ادولا خفاء في احتمالهما فتغاير هما فيدرك ذلك بعض من التعقل وقوله لا معنى لهذا
ايضا لانعقاد الاجماع الخ اجيب عنه بانه انما لم يلزم القسمة فيه لان من اشترى احدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر ان يشاركه
بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان سمى كل واحد ثمنا لنفسه ثم ضمن احدهما الاخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز كل منهما عن نصيب الاخر
لانه لا شركة ثمة لانها تكون باتحاد الصفقة والفرض خلافه واستوضح بقوله الا يرى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما اذا نقد ثمن حصته
وان كان قبل الكل ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك قال ومن ضمن عن اخر خراجه ونوايبه وقسمته فهو جايز الضمان عن الخراج
والنوايب والقسمة جايز اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جايز ان في الخراج قيل والمراد به الموظف وهو الواجب
في الذمة بان يوظف الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى
الدين لعدم وجوبه في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكاة وذكر المصنف في الاول بقوله وما يخالف الزكاة
لانه يجرد فعلا اذ الواجب فيها تمليك مال من غير ان يكون بدلا عن شي والمال اليه ولهذا لا يؤدى بعد موته الا بالوصية واما النوايب
فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق فالاول ككري الانهار المشتركة واجر الحارس للمحلة وما وظف الامام لتجهيز
الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فداء اسارى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف
ما على الناس لذلك والضمان فيه جايز بالاتفاق لوجوب ادايه على كل مسلم اوجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر
للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا والتي تاخذها الظلمة في زماننا ظلما كالغنيمة ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا
يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شي عليه اصلا ههنا وقال بعضهم يصح وممن يميل
اليه الامام البزدوي يريد فخر الاسلام لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام واما النوايب فهي ما يلحقه من
جهة السلطان من حق او باطل او غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لانها ديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة
لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوايب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان ماجورا وان كان اصله من
جهة الذي ياخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نايبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الايمة
هذا اذا امره به لا عن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع واما قوله وقسمته فقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال
وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون واجيب بان القسم قد يجي بمعنى النصيب
قال تعالى ونبيهم ان الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه ابو جعفر الهندواني يقول معناه ان احد الشريكين
اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الاخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال
بعضهم معناه اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسمة صاحبه فيكون الرواية على هذا اقسمه بالضمير لا بالتاء وقد علمت ان القسمة
بالتاء تجي بمعنى القسم بلا ما وقال بعضهم هي النوايب بعينها وقد ذكر تفسير النوايب بحق وبغيره فعلى هذا ذكره بالواو للبيان من
باب العطف التفسيري او حصة منها اي من النوايب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة بحق مونة كري النهر المشترك فاصاب واحدا
شي من ذلك فيجب اداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن ينبغي ان يجي بذكر الرواية على هذا التقدير وقسمة بالواو ليكون
عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملايكته ورسله وجبريل وميكال فانه اختار المصنف على ان الرواية بالو على
تقدير ان يكون القسمة حصة من النوايب لان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل او واما اذا كانت هي النوايب بعينها فهو محل الواو ولا حر
وقيل هي النايبة الموظفة الراتبة والمراد من النوايب ما ينوبه غير راتب قيل ومن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعني
جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلف المشايخ فيما كان بغير حق قال ومن قال لاخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول
للمدعي لكونها حالة وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له حالة فالقول قول الضامن وروي عن ابي يوسف ابراهيم ابن يوسف
ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي القول فيهما للمقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد النوعين فالقول قوله
اعتبارا بالكفالة واجيب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سياتي ولابي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل
على صاحبه فلا يصدق فيه الا بحجة اعتبارا بالاقرار بالدين واجيب بما اجيب به للشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر اقر بالدين مدعيا حقا لنفسه
وهو تاخير المطالبة الى اجل فكان بمنزلة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني محتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي
الكفالة ما اقر بالدين لانه ليس عليه شي في الصحيح كما تقدم وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما ولقايل ان يقول هب انه لا دين عليه
فيعود البحث انه اقر بالمطالبة فللخصم ان يقول اقر بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تاخيرها الى اجل فكان بمنزلة اقرار على نفسه الى اخر ما ذكرتم فلا يتم
الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة وجب ان لا تثبت الا بالاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت
الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول فقاعيا جدليا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار

في الاستقصا على ما ذكر وان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها في الحال او في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة قوله
ولان الاجل في الديون عارض هو الفرق الثاني ومبناه على ان ما لا يثبت الا بالشرط كان من عوارضه وما يثبت بلا شرط كان ذاتيا له وهو حسن
لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون بهذه المثابة لان ثمن البياعات والمهور وقيم
المتلفات حالة لا تثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت موجلا من غير شرط اذا كان موجلا على الاصيل فكان
الاجل ذاتيا لبعض الكفالة منوعا لها كالناطق المنوع لبعض الحيوان وهذا اقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار الماخذ
واذا كان الاجل في الديون عارضا لا يثبت الا بالشرط كان القول قول من انكره مع اليمين كما في شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيا
كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله وفرق في المتن وانت في الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق
الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما فمن الشارحين من حمل على الرواتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ
ولعله اظهر قال ـــــــ ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه
فاستحقت الجارية لم ياخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضي له على البايع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت وبثبوته
يمنع الا يوخذ الكفيل بالثمن لانه بمجرد قضا القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن
عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بايع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل لم يجب على
الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يوسف في الامالي له ان ياخذ الكفيل قبل ان يقضي على البايع لان الضمان قد توجه
على البايع ووجب للمشتري حق مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فان قضي الحاكم بالحرية فيجب ان القضا لا يثبت للمشتري حق
الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق اجاب المصنف بقوله بخلاف القضا بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على
البايع وكفيله ان شاء موضعه اوايل الزيادات في ترتيب الاصل اراد ترتيب الاصل ترتيب محمد فانه اراد افتتاح كتاب الزيادات بباب
الماذون تحاملا لترتيب سابر الكتب تبركا بما املى به ابو يوسف فان محمدا اخذ ما املى ابو يوسف بابا بابا وجعله اصلا وزاد عليه من عنده ما يتم
به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيفه ابي يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتدا املا
ابي يوسف في هذا الكتاب من باب الماذون ولم يغيره محمد تبركا به ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم ومن اشترى
عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل ذكر ههنا ثلاث مسايل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك
وهو الصحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لاشتراكها وقوعها في استعمالها
فانها تقع على الصك القديم الذي عند البايع وهو ملك البايع مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على
4 العقد لانها ماخوذ من العهد والعهد والعقد واحد وقد يقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد يقع على الدرك وهو الرجوع
بالثمن على البايع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل
عليه فصار مبهما تعذر العمل به واما جواز الثاني اي ضمان الدرك فان العرف في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل واما الثالثة استعاله صح
فابو حنيفة رحمه الله قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفا به لانه ان ظهر مستحقا
فربما لا يساعده المستحق اولا فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفا به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع
ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح واجيب بان فراغ الذمة اصل فلا تشغل بالشك والاحتمال ذكر ابو زيد في شروطه
ان ابا حنيفة وابو يوسف كانا يكتبان في الشروط من ادرك فلان ابن فلان بعد فلان خلاصه او رد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان
الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جايز فعلى هذا ففي كلام المصنف نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم
المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد به الثمن مجازا فتهذا امر متعذر ويلا عد التركيب باستعمال الى رفع لا يلتبس فضيلة
ما يدل عليه كلام المصنف وذكر صدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف
ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة ايضا ثابت وذكر في الفوايد الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكرها في الجامع
الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكانه اعتمد ما في الجامع الصغير
وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف

باب كفالة الاثنين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لان
الاثنين بعد الواحد طبعا فاخره وضعا لتناسب الوضع قال ـــــــ اذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه اذا اشترى باب كفالة الاثنين
الرجلان عبدا بالف فالثمن دين عليهما لامحالة فان تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المودى على
النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلا وفي النصف اصيلا
فما ادى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصالة صرفا الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة
جعل المنقود ثمن الصرف لان الواجب به اقوى بحاجته الى القبض في المجلس وما عليه بحق الاصالة اقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة
لا دين وهي تابعة للدين لانها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا معارضة بل يتوجه الدين عليهما ويصرف المودى
اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة ان لم يكن عليه فيما يحق الاصالة شي فانتفت المعارضة لانتفا احد المتعارضين وفي النصف
كان انتفاوها لكون احدهما راجحا لا لانتفا به قوله ولانه دليل اخر على ذلك اورده بقياس الحالف فانه جعل بقبض المدعي وهو الرجوع على صاحبه
مستلزما

يكفيه ليس لصاحبه ان يرجع عليه م

لما هو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لانه يودي الى الدور
فلم يعتبر في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداءه نايبة كاداءه ولان الملازمة وتقريره ان صاحب المودي يقول له انت ادبت عني بامري
فيكون ذلك كادايي ولو اديت بنفسي كان لي ان اجعل المودي عنك فان رجعت عليك فعني بعد ان اداه لك والشريك الاخر يقول مثل
ما قال فادى الى الدور ولم يكن في الرجوع فايدة فجعلنا المودي عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة
على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذا
كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بكل المال وعن الاصيل لذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان
كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل واخرى على الكفيل وصح الكفالة عن الكفيل
لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال
عليه بما التزم على اخر وهو معنى قوله معنى المسيلة في الصحيح وكل شي اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المودي او كثيرا
لان ما ادى احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة في النصف راجحة بعد
صورة المعارضة بينها وبين الكفالة واذا وقع شايعا رجع على شريكه بنصفه ولا يودي الى الدور لان قضية الاستوا قد حصل
برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع الاخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم
نصف المال بشراه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه وجعل المودي عن الكفالة يودي الى الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح ليشاكل
الفروع المبنية على ذلك فانه قال ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنايبه ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن
الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما وقال وان شا رجع يعني من ادى منهما شيا رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه
بجميع المال بامره ولو كان احدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال واذا ابرا رب المال احدهما اخذ الاخر بالجميع
لان ابرا الكفيل لا يوجب براة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل بكله على ما بينا من قوله ان تكون الكفالة بالكل
عن الاصيل وكذا ياخذه به وهو ظاهر قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاوا بجميع الديون
اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاوا بالجميع ذلك فان ادى احدهما شيا لم يرجع
على شريكه بشي حتى يزيد المودي على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينيذ
كان للغرما ان يطالبوا ايهما شاوا بجميع الديون لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فاذا طلبوا احدهما وادى
الذي منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يودي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة قال ـــــــ واذا كوتب العبدان
كتابة واحدة واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال المولى كاتبتكما على الف الى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك
استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع
اولى ان يكون باطلا اما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه واما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر
من انها تقتضي دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه
ويكون عتقهما معلقا باداءه اي باداء كل واحد منهما كانه قال لكل واحد منهما ان اديت الالف فانت حر وهذا او ان يجعل كل واحد
منهما كفيلا بالف عن صاحبه كما سنذكره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها واما اذا اختلف
المكاتبان فان عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استوايهما في الوجوب
عليهما لاستوايهما في العلة اعني الكتابة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يود
جميع البدل فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوايهما ولو رجع بالكل او لم يرجع بشي انتفى المساواة ولو لم يود شيا
حتى اعتق المولى احدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه ما رضي بالمال الا ليكون وسيلة الى
العتق فلم يبق وسيلة فيسقط النصف وبقي النصف على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما
عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى في غير موضعها واذا اعتق استغنى عنه
واستغنى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا ينتصف وعورض بانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب ان
لا يصح الرجوع ما لم يزد المودي على النصف لئلا يلزم الدور كما مر واجيب بان الرجوع بنصفه ما ادى انما هو للتحرز عن تفرق الصفقة بادايه م
على المولى لان المودي لو وقع عن المودي على الخصوص برئ عن نصيبه وعتق لان المكاتب اذا ادى ما عليه من بدل الكتابة
عتق والمولى شرط عليهما ان يوديا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص اضرار للمولى بتفريق الصفقة فاوقعنا
المودي عنهما جميعا واذا بقي النصف على الاخر فللمولى ان ياخذ به ايهما شا اما المعتق فبالكفالة واما صاحبه فبالاصالة
فيل اخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة واجيب بانا لو كان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف
والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفقة لان البقا يكون على وفق الثبوت فان اخذ الذي اعتقه رجع على صاحبه بما ادى
لانه اداه عنه بامره وان اخذ صاحبه لم يرجع عليه بشي لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد والكفالة عنه

حق هذا الباب التاخير لان العبد متاخر عن الحر اما لشرفه واما لان الاصل في بني ادم هو الحرية ووضع ثبوتيه يقتضي تقديم

في الاستقصاء على ما ذكر وان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها في الحال او في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة قوله
ولان الاجل في الديون عارض هو الفرق الثاني ومبناه على ان ما لا يثبت الا بالشرط كان من عوارضه وما يثبت بلا قيد ونية كان ذاتيا له وهو حقه
لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون بهذه المثابة لان ثمن البياعات والمهور وقيم
المتلفات حالة لا تثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصيل فكان
الاجل ذاتيا لبعض الكفالة ممنوعا له كالناطق الممنوع لبعض الحيوان وهذا اقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في الطرد. واما اخذ
واذا كان الاجل في الديون عارضا لا يثبت الا بالشرط كان القول قول من انكره مع اليمين كما في شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيا
كان اقراره بنوع منها فلا يحلم بغيره فكان القول قوله وذكر في المتن وان فرع الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق
الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ
ولعله اظهر قال ___ ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه
فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته
يمنع ان يؤخذ الكفيل بالثمن لانه بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن
عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل لم يجب على
الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يوسف في الامالي له ان يأخذ الكفيل قبل ان يقضى على البائع لان الضمان قد توجه
على البائع ووجب للمشتري حق مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشتري حق
الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق اجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على
البائع وكفيله ان شاء وموضعه اوايل الزيادات في ترتيب الاصل اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد فانه اراد فتح كتاب الزيادات بباب
المأذون تحقيقا لترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به ابو يوسف فان محمدا اخذ ما املى ابو يوسف بابا بابا وجعله اصلا وزاد عليه من عنده ما تم
به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف ابي يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء
ابي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركا به ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم ومن اشترى
عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل ذكر هنا ثلاث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك
وهو الصحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لاشتراكها ووقوعها في استعمالها
فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملكه البائع مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد يقع على
٤ العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد يقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد يقع على الدرك وهو الرجوع
بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل
عليه فصار مبهما تعذر العمل به واما جواز الثاني اي ضمان الدرك فلان العرف في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل واما الثالثة استعماله م
فابو حنيفة رحمه الله قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا
في يد بعده المستحق او فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع
ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح واجيب بان فراغ الذمة اصل فلا يشغل بالشك والاحتمال ذكر ابو زيد في شروطه
ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان في الشروط ادرك فلان ابن فلان على فلان خلاصه او رد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان
الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قيل وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم
المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد به الثمن مجاز اشتهر امره متعذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضيلة هذا
ما يدل عليه كلام المصنف وذكر صدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف
ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة ايضا ثابت وذكر في الفوائد الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكره في الجامع
الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكانه اعتمد ما في الجامع الصغير
وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف

باب كفالة الاثنين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لان
الاثنين بعد الواحد طبعا فاخره وضعا لتناسب الوضع الطبع قال ___ واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشترى باب كفالة الاثنين
الرجلان عبدا بالف فالثمن دين عليهما لا محالة فان تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما اداه احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على
النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلا وفي النصف اصيلا
فما ادى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصالة صرفا الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة
جعل المنقود ثمن الصرف لان الواجب به اقوى لحاجته الى القبض في المجلس وما عليه بحق الاصالة اقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة
لا دين وهي تابعة للدين لانها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا معارضة بل يتوجه الدين عليهما ويصرف المصروف
اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة اذ لم يكن عليه فيها بحق الاصالة شيء فانتفت المعارضة لانتفاء احد المتعارضين وفي النصف
كان انتفاؤها لكون احدهما راجحا لا لانتفاء به قوله ولانه دليل اخر على ذلك اورده بقياس الحالف فانه جعل بقبض المدعى وهو الرجوع على صاحبه
مسئلة

يكفيه ليس لصاحبه ان يرجع عليه م

على ما كفلت عنك ... لان ... التقدير ولو اديت عنه ...

لما او هو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور
فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداء نائبه كادائه بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدي يقول له انت اديت عني بامري
فيكون كادائي ولو اديت بنفسي كان لي ان اجعل المؤدى عنك فان رجعت علي فلي ان ارجع عليك فنقول تقدير اداء ذلك والشريك الاخر يقول مثل
ما قال فادى الى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدي عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة
على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذا
تكفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان
كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل واخرى على الكفيل وصح الكفالة عن الكفيل
لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال
عليه بالالتزام على اخر وهو معنى قوله معنى المسئلة في الصحيح وكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى او كثيرا
لان ما ادى احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة في النصف راجحة بعد
صورة المعارضة بينها وبين الكفالة واذا وقع شائعا رجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء قد حصل
برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع الاخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم
نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح لبيان ان
الفروع المبنية على ذلك فانه قال ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنائبه ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن
الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا له وقال وان شاء يعني من ادى منهما شيئا رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه
بجميع المال بامره ولو كان احدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الاخر بجميع
لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل بكله على ما بينا من قوله ان تكون الكفالة بالكل
عن الاصيل وكذا يأخذه به وهو ظاهر قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤوا بجميع الديون
اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤوا بالجميع ذلك فان ادى احدهما شيئا لم يرجع
على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ
كان للغرماء ان يطالبوا ايهما شاؤوا بجميع الديون لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فاذا طالبوا احدهما واداه
الذي منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة قال ___ واذا كوتب العبدان
كتابة واحدة واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال المولى كاتبتكما على الف الى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك
استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع
اولى ان يكون باطلا اما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه واما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر
من انها تقتضي دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه
ويكون عتقهما معلقا بادائه اي باداء كل واحد منهما كانه قال لكل واحد منهما ان اديت الالف فانت حر وهذا او ان يجعل كل واحد
منهما كفيلا بالالف عن صاحبه كما سنذكره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها واما اذا اختلف
المكاتبان فان عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استواؤهما في الوجوب
عليهما لاستوائهما في العلة اعني الكتابة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد
جميع البدل فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل او لم يرجع بشيء انتفى المساواة ولو لم يؤديا شيئا
حتى اعتق المولى احدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه ما رضي بالمال الا ليكون وسيلة الى
العتق فلم يبق وسيلة فيسقط النصف وبقي النصف على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما
عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى الى غير موضعها واذا اعتق استغنى عنه
وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا ينتصف وعورض بانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب ان
بادايه م لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر واجيب بان الرجوع بنصف ما ادى انما هو للتحرز عن تفريق الصفقة
على المولى لان المؤدي لو وقع عن المؤدي على الخصوص برئ عن نصيبه وعتق لان المكاتب اذا ادى ما عليه من بدل الكتابة
عتق والمولى شرط عليهما ان يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص اضرار للمولى بتفريق الصفقة فاوقعنا
المؤدى عنهما جميعا واذا بقي النصف على الاخر فللمولى ان يأخذ به ايهما شاء اما المعتق فبالكفالة واما صاحبه فبالاصالة
قيل اخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة واجيب بان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف
والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفقة لان البقاء يكون على وفق الثبوت فان اخذ الذي اعتقه رجع على صاحبه بما ادى
لانه اداه عنه بامره وان اخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد والكفالة عنه

حق هذا الباب التأخير لان العبد متأخر عن الحر لشرفه وان كان الاصل في بني ادم هو الحرية ووضع بنوتيه يقتضي تقدم

كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه قال ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه قوله
لا يجب عليه صفة لمالا وجواب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد في الجامع الصغير وهي قوله محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غيره حال الي عبارته في الكتاب لان
عبارة محمد تحتاج الي تاويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يوخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا اقر بالاستهلاك وكذبه
المولي وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا اودع مالا فاستهلكه فانه لا يوخذ به للحال بل بعد الاعتاق عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله واما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا وهو غيره فلا يحتاج الي
شي لتناولها ما اذا اقر العبد باستهلاكه وكذبه المولي او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطي امراة بشبهة بغير اذن المولي او اودعه
انسان فاستهلكه فانه لا يوخذ بذلك كله للحال اما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون علي الاصيل مقدور التسليم
للكفيل فتصح كما في ساير الديون سوا كانت في ذمة الملي او المفلس واما كونه حالا فلان المال علي العبد المكفول عنه حال لوجود
السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولي ولم يرض بتعلق الدين بملكه
وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضي وصار كالكفالة عن غايب يصح ويوخذ به الكفيل
حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويوخذ الكفيل به في الحال وان كان في
حق الاصيل متاخرا الي الميسرة فان قيل اذا لم يوخذ من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين موجل حتى لا يوخذ الكفيل
ايضا الا بعد الاجل اجاب بقوله الا بخلاف الدين الموجل لانه متاخر بمؤخر يعني ان الدين متاخر عن الاصيل بمؤخر اي امر يوجب التاخير
وهو التاجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه موجلا ثم اذا ادى الكفيل رجع علي العبد بعد العتق
لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعي علي عبد مالا الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما
اذا كان المكفول بنفسه حرا او عبدا فان موته يبري الكفيل لبراة الاصيل كما لو كان حرا وذكر هذه تمهيد للتي بعدها ولبيان الفرق بينهما
فان ادعي رقبة العبد علي ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان علي المولى
رد الرقبة علي وجه يخلفها القيمة عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة علي الاصيل وجب علي الكفيل لانه التزم المطالبة
علي الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الي القيمة فكذا في حق الكفيل بخلاف الاول اي الضمان الاول لان ما التزمه وهو
العبد قد مات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله وانما قيد باقامة البينة احترازا عما اذا اثبت الملك له باقرار ذي
اليد او بنكوله عن اليمين حيث يقضي بقيمة العبد الميت علي المدعي عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا اقر
الكفيل بما اقر به الاصيل قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره اذا كفل العبد عن مولاه بامره فالحال لا يخلو اما ان
يكون عليه دين مستغرق اولا فان كان الاول لم يصح كفالته لحق الغرما وان كان بلا اذن المولي وان كان الثاني صحت اذا كانت بامره
لان ماليته لمولاه فله ان يجعلها بالدين بالرهن والاقرار بالدين واذا كفل المولي عن عبده فهي صحيحة سوا كانت بالنفس او المال مديونا
كان العبد او غير مديون فاذا صحت الكفالة وادي العبد ما كفل به بعد عتقه او ادي المولي ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد
منهما علي صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة بالامر محقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا هذه الكفالة
انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب علي مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولي لا يستوجب علي عبده دينا
بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل غيره بغير امره فبلغه فاجاز فان الكفيل بعد الادا لا يرجع علي
الاصيل بشي لذلك ونوقض بان الراهن اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعي العبد في الدين فانه يرجع به علي المولي مع ان
العبد هنا كان لا يستوجب دينا علي مولاه واجيب بانه مغالطة قال كلامنا في ان العبد لا يستوجب علي مولاه دينا وفيما ذكرتم
الحر يستوجب دينا لان استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا يجوز الكفالة
عن المكاتب بمال الكتابة يكفل عنه حر او عبد وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولي
عليه ايضا غير بدل الكتابة اما في بدل الكتابة فانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
فكان القياس ان لا يجب ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولي لا يستوجب علي عبده شيا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى
فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر اي ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لانها تقتضي
دينا مستقرا لانها للتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر جاز ان يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فايدة بل قد تكون ضررا
ولعبا قوله ولانه دليل اخر علي عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالادا او الابرا وقوله
ولا يمكن اثباته دليل اخر علي المدعي وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة وتقريره ان الكفالة به ان صحت فلا يخلو اما ان يكون ثبوته علي
الكفيل علي وجه ثبوته علي الاصيل وهو ان يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقا ولا سبيل الي كل واحد
منهما اما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجيزه نفسه يرد رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك واما الثاني فلفوات شرط الضم الذي
هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقا لمعني الضم ونفيا للزيادة علي الملتزم الا تري ان الدين
لو كان علي الاصيل موجلا كان علي الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا او زيفا علي الاصيل كان علي الكفيل كذلك

والمطلق

والمطلق غير متحد مع المقيد فلو الزمناه مطلقا لزم الزام الزيادة علي ما التزم وهو غير جايز واما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه سقط عنه
بفسخ الكتابة سقوط بدلها لا اسبابه اذ لولاها لا يستوجب المولي عليه شيا وبدل السعاية كمال الكتابة في عدم جواز الكفالة به للمولي علي قول ابي حنيفة لكونه
دينا غير مستقر لثبوته مع المنافي لما ان احكام المستسعي احكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المراتين وتنصيف الحدود وغيرها وعلي قولهما
يصح لانه كالكتابة لم يكن مستعرضا للسقوط بالتعجيز وهو السعاية لا يتحقق فكان كالحر المديون باب الحوالة
الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما لما علي الاصيل كما في الكفالة ولهذا اجاز استعارة كل منهما للاخر اذا اشترط موجب كل منهما
للاخر عند ذكر الاخر لكنه اخر الحوالة لانها تتضمن براة الاصيل والبراة بعد الكفالة فكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هو النقل
ومدورها كيفما تركبت دارت علي معني النقل والزوال يتبع وفي اصطلاح الفقها تحويل الدين من ذمة الاصيل الي ذمة المحتال عليه
علي سبيل التوثق به واما شرطها فسنذكرها في اثنا الكلام وكذا احكامها وانواعها قال وهي جايزة بالديون الحوالة جايزة بالديون
دون الاعيان اما الجواز فيدل عليه العقل والنقل اما الاول فما روي ابو داود في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد عن
الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم علي غني فليتبع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روي
الحديث باسناده الي ابي هريرة حديث ابي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه اذا احيل احدكم علي ملي فليحتل امر بالاتباع والاتباع
بسبب ليس بمشروع لا يكون مامورا به من الشارع فدل علي جوازها واما الثاني فلانه قادر علي ايفا ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة
واما اختصاصها بالديون فلانها تنبي عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في العين وتقريره ان الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما
يتصور في تحول شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة يظهر اثره في المطالبة فجاز ان يعده الشرع في جهة تخص اذا بالتزامه واما العين اذا
كان في محل محسوس فلا يمكن تغييره في محل اخر اذ ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال وتصح برضا المحيل والمحتال
والمحتال عليه شرط صحة الحوالة رضي المحيل والمحتال لان الدين حقه وهو اي الدين ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف
في ذلك لاهل العلم واما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك واحمد لانه
محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه لا يشترط رضاه لان الحق للمحيل عليه فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفا
عليه واما اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع وقلنا انه التزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبينة
علي المنكر الزام بدون الالتزام لان الحكم اظهار الالزام لا الزام وانما رضي المحيل فقد شرطه القدوري وعلله بان ذوي المروات قد
يانفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحتال عليه
تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل ينتفع لان المحتال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره بل وعلي هذا لكون فايدة اشتراطه الا رجوع
عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ما ذكره القدوري ان يكون للمحيل علي المحال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانها حينئذ يكون
اسقاطا لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح الا برضاه والظاهر ان الحوالة قد يكون ابتداها من المحيل وقد يكون من المحتال عليه والاول
احالة وهي فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل
بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلي هذا لا يشترط مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلاثة بنا علي ان ايفا الحق
حقه فله ايفاوه من حيث شا من غير قصر عليه بتعيين بعض الجهات وعدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بنا علي
رواية الزيادات ليس علي ما ينبغي قال واذا تمت الحوالة بري المحيل من الدين بالقبول واذا تمت الحوالة بركنها وشروطها كان
حكمها براة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضي من رضاه شرط فيها علي ما تقدم وقوله من الدين
اختيار منه لما هو الصحيح لما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الي انها توجب براة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب
الي انها توجب براتها عن المطالبة ومنشا ذلك ذكر محمد رحمه الله احكاما يدل علي القولين فمما يدل علي الاول ما قال ان المحتال اذا وهب الدين
من المحيل او ابراه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته وابراوه ولو بقي الدين في ذمته وجب ان يصح ولو ابراه المحيل عليه او وهب الدين عليه منه تصح
وعلي هذا اعني تحول الدين الي ذمة المحال عليه وبراة المحيل عليه عنه ومما يدل علي الثاني ان المحتال اذا ابرا المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كما لو
ابرا الكفيل ولو انتقل اصل الدين الي المحال عليه وجب ان يرتد بردوه كما لو ابرا المحيل قبل الحوالة والاصيل في الكفالة فان الابرا
تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا انقد مال المحتال اجبر المحتال علي القبول ولو انتقل الدين
بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضا الدين لا يجبر رب المال علي قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانه
تصرف في الحوالة الدين فيجب تحويله وقيل الاول قول ابي يوسف والثاني قول محمد والفايدة تظهر في الراهن اذا احال المرتهن بالدين
هل يسترد الرهن فعند ابي يوسف يسترده كما لو ابراه عن الدين وعند محمد لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن وفيما اذا ابرا الطالب المحيل
بعد الحوالة عند ابي يوسف لا تصح براته بالحوالة وعند محمد تصح لبقا الدين في ذمته اذ المحول به هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف
يدل علي وجه ثالث هو البراة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها لان انتفا الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا
لازم وهو ممتنع فاكتفي بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر رحمه الله لا يبرا لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما
عقد توثق وفي الكفالة لا يبرا فكذا في الحوالة وقال ابن ابي ليلي ونقل ذلك عن مالك الكفالة كالحوالة لما ذكرنا وفي الحوالة يبرا فكذا
في الكفالة وجوابهما واحد وهو ان الحكم غير مضاف الي ما ذكرتم من المشترك بل الي الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بخلاف

مفهوم الاول لغة فان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس واذا نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم وهو يقتضي بقاء ما يضم
اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية واعترض بالحوالة بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض
اجمالي والجواب انا لا نسلم انه لا نقل فيها فانه بعد الاداء الخ هو التحقيق ولهذا لا يبقى على المحيل شي قوله والتوثيق باختيار الاملى جواب لسؤال وتوجيهه
سلمنا ان كل واحد منهما عقد توثق لكن براءة المحيل لا تنافيه لان التوثيق يتحقق معها باختيار الاملى اي الاقدر اي الاغنى لبسوط يده وذات
اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مماطلة وهو في الحقيقة تنزل في الجواب بالقول بالموجب وقوله وانما يجبر على القبول جواب نقض لا ينتقل
يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقريره وتوضيح ذلك لا ينتقل الدين من المحيل وصار اجنبيا متبرعا فاذا نقده
كان الحكم الواجب ان لا يجبر المحتال على القبول اي لا ينزل منزلة القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقود لكون المحيل اذ ذاك متبرعا
كالاجنبي المتبرع لا يجبر على القبول وتقرير الجواب بانا لا نسلم ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعا ان لو لم يحتمل عود المطالبة اليه
بالتوى وهو محتمل فلا يكون متبرعا قال ـــــ ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه هذا عطف على قوله برئ المحيل اي اذا
تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشي الا ان يتوى حقه على ما ياتي من معنى التوى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع
وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة اي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثم ما يدل على التقييد
وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء وتايد بما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به على
اخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال ابعدك الله فابعده بمجرد احتياله ولم يجز له الرجوع قلنا البراءة حصلت
مطلقة لفظا او مطلقا والثاني ممنوع والاول مسلم لكن لا يفيدكم لجواز ان تكون مقيدة بدلالة الحال او العرف او العادة فنقول انها حصلت
مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثاني لا نفس
الوجوب لان الذمم لا تختلف في الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول
لكونها هو المقصود فاذا فات المقصود الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحتال به كوصف السلامة في المبيع بان
اشترى شيا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لان وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا
يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهي عبارة بعض المشايخ وقوله او ينفسخ الحوالة لفواته اي لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل
للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه ينفسخ كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا واختار رده
فانه ينفسخ البيع ويعود الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما مر اشارة الى عبارة اخرين منهم وهو يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين على المحيل
فالمصنف رحمه الله جمع بين طريقي المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين ويويد ما ذهبنا اليه ما روي عن عثمان
رضي الله عنه انه قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال امرئ مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع
وعورض بان المحال وقت الحوالة مخير بين ان يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين ان يابى ذلك فيبقى حقه في ذمة المحيل وكل مخير بين
شيين اذا اختار تضمين احدهما تعين عليه ولا يعود الى الاخر كالمغصوب منه اذا اختار احد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الاخر
بشي وكالمولى اذا اعتق عبده المديون فاختار الغرما استسعاء العبد ثم توى عليه ذلك لم يرجعوا على المولى بشي والجواب ان قوله اذا
اختار احدهما تعين عليه اما ان يريد به شيين احدهما اصل والاخر خلف عنه او كل واحد منهما اصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه
عليه فاسد فان كان الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع لان اختيار الخلف وذلك
الاصل لم يكن الا للتوثق فاضافه اي التوى الى الحق اي وصف بعضهم بنوبه فاسده في الوضع قال ـــــ والتوى عند ابي حنيفة احد الامرين
التوى للمال اذا تلف وهو عند ابي حنيفة يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه المال
لانه قد تعذر عليه مطالبته واما ان يموت مفلسا لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما اما في الاول فلما ذكرنا
واما في الثاني فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحال الرجوع على المحيل لان ابراء المحيل كانت براءة نقل واستيفاء
لا براءة اسقاط فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه باشهود حال حياته وهذا الاختلاف
بناء على ان الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما فالا التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء
حقه فصار كموت المحال عليه وقال عجز عن ذلك بعجز التوى ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غاد ورايح وقد تقدم معناه في الكفالة فلم
يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط والثاني ان القول قول الطالب مع يمينه
على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة فقال افلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر
وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في المطلبة اي كتاب اللغة قال ـــــ واذا طالب المحال عليه المحيل به اذا طالب المحال
عليه المحيل بمثل الحوالة طالبا قضاء دينه من مال المحيل فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله ووجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء
دينه بامره قد تحقق باقراره الا انه يدعي عليه دينا وهو منكر والقول قول المنكر والبينة للمحيل فان اقامها بطل حق المحال عليه في الرجوع فان قيل لم لا
يجوز ان يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه اجاب بقوله لانها قد تكون عليه بدونه اي الحوالة قد تكون بدون الدين على المحال عليه فيجوز انفكاكها
عنه ولا يكون التقييد بالدين تقييدا بلا دليل واذا طالب المحيل المحال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحال بل احلتني بدين لي
عليك فالقول قول المحيل فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل انه احاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل اجاب بقوله

ولفظه

ولفظ الحوالة مستعمل في الوكالة فيكون القول قوله لانه ينكر الدين ومعنى ان دعواه تلك دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازا اذ في الوكالة نقل
التصرف من الموكل الى الوكيل فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر قال ـــــ ومن اودع
رجلا الف درهم اعلم ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة بالعين التي له في يد المحال
عليه بالوديعة او الغصب والثاني ان يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة وهي ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه
ولا بعين له في يده وان كان له ذلك في يده وعليه او ان يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين ايضا على نوعين حالة ومؤجلة فالحالة
هي ان يحيل المديون الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على المحال عليه كذلك لانها لتحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التي
على الاصيل والفرض انها كانت على الاصيل حالة فكذا على المحال عليه وليس للمحال عليه ان يرجع على الاصيل قبل الاداء وكذا يفعل به ما فعل
به كما تقدم في الكفالة والمؤجلة هو ان يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال عليه الى
ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه اخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التي
في يد المحال عليه وديعة وقوله لانه اقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين احدهما ان الاداء منها يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ
لا يصعب عليه الاداء فكان اقدر والثاني ان الوديعة حاصلة معينة لا تحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان اقدر على
القضاء كان اولى بالجواز وكانت جائزة بالدين فيكون جائزة بالعين اجدر فان هلكت الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه لتقيدها
اي لتقيد الحوالة بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيتعلق بها ويبطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف
ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان كان الالف مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها جواز لبيان جوازها بالعين المغصوبة
وانها اذا هلكت لا يبرا الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا فكان الفوات
بهلاكه فوات الى خلف وذلك كلا فوات فكان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا بيان لجوازها مقيدة بالدين كما اذا
كان للرجل على اخر الف درهم وللمديون على اخر كذلك فاحال المديون الطالب على مديونه بالف على ان يوديه من الالف التي للمطلوب عليه فانها
جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت او غصبا وبالدين ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك
العين او الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها لانه تعلق به حق المحال فانه لما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفي حقه مما
للمحيل عليه او بيده تعلق به حق استيفائه واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من اخذه ولو دفعها المودع وغيره الى المحيل
ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق
المرتهن وقوله وان كان اسوة الغرما اشارة الى حكم اخر به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا في عدم ثبات حق الاخذ للمحيل والراهن
وهو ان الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى المديون ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا سوى العين التي له بيد المحال عليه او الدين
الذي عليه فالمحال اسوة الغرما بعد موته خلافا لزفر وهو القياس لان دين غرما المحيل يتعلق بمال المحيل وهو صار اجنبيا من هذا المال ولهذا
لا يكون له ان ياخذه في حال حياته فكذا بعد وفاته ولان المحتال كان اسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرما لم يتعلق في صحته
فيتقدم المحال على غيره كالمرتهن قلنا العين التي بيد المحال عليه بالمحيل والدين له عليه لم يصير مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا ولا رقبة
ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل فيكون بين الغرما واما المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا فيثبت له نوع
اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه قوله وهذا اشارة الى قوله ان لا يملك المحيل وتقريره ما ذكرناه
انفا وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل باخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين او عليه من الدين لان الحق كان
لا تعلق لحق المحال به اي بما عند المحال عليه او عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فاخذ ماله عنده او عليه لا يبطل الحوالة
وعلى هذا ليس للمودع والغاصب ان يودي دين المحال من الوديعة والغصب وللمحيل ان ياخذهما مع بقا الحوالة كما كانت قال ـــــ
ويكره السفاتج السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التا فارسي معرب اصله سفته يقال للشي المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورتها
ان يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو ان يقرض انسانا مالا ليقبضه المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض
لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وقيل هذا
اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا باس بذلك ثم قيل انما اورد هذه المسالة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة
والحوالة فانها معاملة ايضا في الديون والله اعلم بالصواب كتاب القضا لما كان اكثر المنازعات
يقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضا القاضي والقاضي يحتاج الى خصال حميدة يتحلى بها للقضا وهذا الكتاب لبيان ذلك
والادب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضايل قاله ابو زيد ويجوز ان يعرف بانه ملكة تعصم من قامت
به عما يشينه ولا شك ان القضا بالحق من اقوى الفرايض واشرف العبادات بعد الايمان بالله امر الله به كل الرسل حتى خاتم الرسل محمد صلوات
الله عليهم اجمعين قال الله تعالى انا انزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم
قال ـــــ ولا يصح ولاية القاضي ولا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على المتولي بلفظ اسم الفاعل
اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شرايط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون اي
المولى من اهل الاجتهاد اما الاول يعني اشتراط شرايط الشهادة فلان حكم القضا يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضا

مستحق

والشهادة من باب الولاية وهو تنفيذ القول على الغير شاء او ابى وكلاهما يستفاد حكمه من الولاية فحكم الشهادة يشترط له شرائط الشهادة لان الولاية
القضا لما كانت اعم او اكمل من ولاية الشهادة او مترتبة عليها كانت اولى باشتراطها ذكره ... المصنف بقوله يستقي استعارة للاستفادة اي
ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا للقضا او بالعكس فالفاسق اهل للقضا لاهليته للشهادة حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي
ان يقلد لانه لا يؤتمن في امر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على ان العدالة
ليست من شرائط الشهادة بناء على انظار الى اهل ذلك العصر الذين شهد لهم النبي صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في عصرهم ولو كان
عدلا ففسق باخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة او غيره مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل اذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحارم ويستحق
العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه اشار الامام البزدوي فقوله وهذا اشارة اي الى استحقاق
العزل دون العزل هو ظاهر المذهب وروى الكرخي ان ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب ابي يوسف ويجوز ان يكون
اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضا فان اختيار الطحاوي ان الفاسق اذا قلد القضا لا يصير قاضيا والاول اظهر
كقوله وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا يقبل شهادته عنده وقيل هذا بناء على ان الايمان يزيد وينقص
فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل به لان المقلد
اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها فكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة فينتفي بانتفائها واعترض بان قول الفقها
البقاء اسهل من الابتداء فينبغي ان التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطاري والاول ثابت ... من مسلمات هذا الفن يبتني عليه
احكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فيستلزم الثاني وهو ثبوت القضا بالفسق
ابتداء او العزل بالفسق الطاري والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضا والامارة بالشرط
جائز بدليل ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله
ابن رواحة اميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب شرح موت الخليفة في شرح ادب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه
والفرق بين القضا والامامة والامارة في ان الامام او الامير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة ان مبنى الامارة
على السلطنة والقهر والغلبة الا ترى ان من الامراء من غلب وجار والصحابة رضي الله عنهم تقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه واما مبنى
القضا فانه على العدالة والامانة ولهذا القضا واذا بطلت العدالة بطلت القضا ضرورة والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور
الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه ... يخاف ان ينسب الى الخطا فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط الاجتهاد للقضا
فان لفظ القدوري يدل على ان لفظ صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا لكن الصحيح ان
اهلية الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاد نفسه ان كان له راي فان لم يكن له راي وسال فقيها اخذ بقوله قوله واما تقليد
الجاهل فصحيح عندنا يحتمل ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق
الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من اقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل ان يكون وهو قوله خلافا للشافعي فانه
علل له بقوله ان الامر بالقضا يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الاعمى لا يقبل
الى المقصود بتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره لان المقصود من
القضا هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره احمد بن حنبل في مسنده
على رضي الله عنه بعثني رسول الله الى اليمن وانا حديث السن فقلت تبعثني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضا فقال ان الله تعالى
سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضا بين اثنين قط بعد ذلك فانه يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا لم يكن من
اهل الاجتهاد ونعم ينبغي للمقلد ان يختار الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله تعالى ورسوله
وجماعة المسلمين وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا تقليد المقلد عند وجود المجتهد
العدل قوله وفي حد الاجتهاد اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضوع لاصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا وحاصل
ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه
والفرق بين العبارتين بين قيل وان يكون مع ذلك اي مع ما ذكرنا من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيدة خالصة عن التشكيكات
المكدرة ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها الى المطالب بسرعة ... ترتب المط على ما يصلح ان يكون سببا له من عرف او عادة فان من الاحكام
ما يبتني عليها مخالفا للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك قال ولا باس بالدخول في القضا لمن يثق بنفسه انه اذا تولاه
قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضا بالحق فرض لقربه الانبياء قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق
وقال تعالى لنبينا انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه انه يؤدي هذا الفرض فلا باس بالدخول فيه لان الصحابة
رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بان الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن
واجبا فلا اقل من الندب كما في صلاة الجنازة وغيرها واجيب بانه كذلك الا ان فيه خطر الوقوع في المحظور فكان لا باس به قال
ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عن اداء فرض القضا ولا يامن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه لئلا يصير
الدخول فيه شرطا اي وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضا وانما عبر بلفظ الشرط لان اكثر ما يقع من الحيف انما هو بالميل الى
حطام

وهو قول الشافعي ... [illegible]

حطام الدنيا باخذ الرشاوى في الغالب يكون ذلك مشروطا بمقدار معين مثل ان يقول لي على فلان او له على مطالبة بكذا فان قضيت لي فلك كذا او كره
بعض العلما او بعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا بانفسهم او خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في ادب القاضي
ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا كرها الا ترى ان ابا حنيفة دعي الى القضا ثلاث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة
قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف فقال ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظر المغضب وقال ارايت لو
امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت اقدر عليه وكاني بك قاضيا ولذا دعي محمد الى القضا فابى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل المصنف
على ذلك بقوله عليه السلام من جعل على القضا فكانما ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وجه تشبيه
القضا بالذبح بغير السكين لان السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير السكين يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر
ووبال القضا لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه لانه هلاك وكان شمس الائمة الحلواني يقول لا ينبغي لاحد ان يذكر
هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك الفقيه القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا ثم دعي
في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى فالقى راسه بين يديه ثم قال المصنف
والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل روى الحسن عن ابي يوسف ومحمد انه اذا قلد من غير مسالة لا باس به وقال الترك
عزيمة لانه قد يخطي ظنه فيما اجتهد ولا توفق له او كان مجتهدا او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة ان كان غير مجتهد قال شمس الائمة
السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف دخل في القضا قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح واسلم لدينه لانه يلتزم
انه يقضي بحق ولا يدري ايقدر على الوفا او لا وفي ترك الدخول صيانة نفسه وهذا اذا كان في البلد غيره يصلح للقضا فاما اذا كان
هو الاهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد في حقوقهم واخلا للعالم عن الفساد في الحدود والقصاص فاذا
كان في البلد قوم يصلحون للقضا فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا اذا كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل
حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضييع احكام الله تعالى قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسالها من يصلح للقضا
ينبغي له ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسال بلسانه لما روى انس بن مالك من قوله عليه السلام من طلب القضا وكل الى نفسه ومن اجبر عليه
نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف اي فوض امره اليه ومن فوض امره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء ولان من
طلب القضا فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاه واعجب فيحرم التوفيق وينبغي ان لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به واذا اكره عليه
فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالاكراه على ما لا يحبه ويرضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق قوله
ثم يجوز التقلد نوع على مسالة القدوري بين انه لا فرق في جواز التقلد لاهله بين ان المولي عادلا او جائرا من اهل البغي وهذا لان الصحابة
تقلدوا القضا من معاوية وكان الحق مع علي رضي الله عنه في نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر وانما قيد بقوله في نوبته احترازا عما يقول
الروافض ان الحق مع علي في نوبة ابو بكر وعمر وعثمان وليس الامر كما قالوا بل اجمع الامة من اهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفا
قبله وموضعه باب الامامة في اصول الكلام وعلما السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الافاق وقوله الا اذا كان
لا يمكنه من القضا استثنا من قوله يجوز التقليد من السلطان الجاير فانه اذا كان لا يمكنه من القضا لا يحصل المقصود بالتقلد فلا فائدة
لتقلده بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد القضا سلم اليه ديوان القاضي الذي قبله من تولى القضا بعد عزل الاول سلم
ديوان القاضي الاول قبله والديوان هو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الاوصيا وتقدير النفقات
لانها اي السجلات وغيرها انما وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضا والا لا يفيد وسماها حجة وان لم يكن
الكتاب منفردا عن التذكر والبينة حجة لانها تؤول اليها بالتذكر ثم البياض الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان او رقا لا يخلو عن امور ثلاثة
اما ان يكون من بيت المال او من مال الخصوم او من مال القاضي فان كان الاول فالتوجه تسليم القاضي اياه ظاهر وكذا ان كان من مال القاضي
هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا وقوله في الصحيح في الصورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم او من مال
القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح فيهما ما ذكرنا ذكر قوله ويبعث امينين لبيان كيفية التسليم وهو ان
يبعث المتولي رجلين من ثقاته وهو احوط والواحد يكفي فيقبضها بحضرة المعزول او امينه ويسالانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة
على حدة كيلا يشتبه على المولى وهذا لان السجلات وغيرها كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الحاجة
وهو الطلب واما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة تشتبه على المولى فلا يصل الى المقصود وقت الحاجة او يتعسر عليه
ذلك وهذا السؤال اي سؤال المعزول لكشف الحال لا للالزام فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومن قبضا ذلك ختمان
على ذلك احترازا عن الزيادة والنقصان قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على ان السؤال يعني الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول
الثاني بعن وههنا ليس كذلك واجيب بان المفعول الثاني محذوف تقديره ويسالانه عن احوال السجلات وغيرها وقوله شيئا
فشيئا منصوب بفعل مضمر يدل عليه قوله ويسالانه اي يسالانه شيئا فشيئا عنها وليس يلي لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول والاولى
ان يجعل حالا يعني منفصلا كما في قوله بينت له حسابه بابا بابا وينظر المولى في حال المحبوسين اي يبعث الى الحبس امينين يحصيهم ويانيه
باساميهم ويسال المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن احوالهم فيجمع بينهم
وبين خصومهم فمن اعترف بحق الزمه اياه وحبسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار ملزم والواحد يحل عرضه وعقوبته اي حبسه ومن انكر

يوجب الحبس لم يقبل قول المعزول عليه الا بالبينة لما تقدم انه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما اذا كانت على
فعل نفسه فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا
فكذلك وان لم يقم او لم يحضر خصم وادعى المحبوس ان لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه اياما اذا جلس يقول
المنادي ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني فليحضر فان حضر والا مضى حق القاضي ان يطلقه فان لم يحضر
لو جاء منهم خصم اخذ كفيلا بنفسه واطلقه لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية ويستظهر امره لئلا يؤدي الى ابطال حق
الغير لجواز ان يكون له خصم غائب يدعي عليه اذا حضر والفرق لابي حنيفة في اخذ الكفيل هنا وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة
حيث لا يأخذ هناك كفيلا على ما سيجيء ان في مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا يكون
الكفيل لامر موهوم وقيل اخذ الكفيل هنا ايضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذكر في المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل هنا بالاتفاق
فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لي او لا اعطي كفيلا فانه لم يجب علي شيء نادى عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا
فاذا امتنع احتاط بوجه اخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا او ينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف لانه نصب ناظرا في امور الناس فيعمل
في المذكور على حسب ما تقوم به البينة او باعتراف من هو بيده لانه لا بد لعمله من حجة وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة
الا ان يعترف ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل قول المعزول لانه باقرار ذي اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول
به كانه بيده في الحال ولو كان بيده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع الا اذا بدأ ذو اليد بالاقرار لغير
من اقر له القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي والحاصل
ان هذه المسألة على خمسة اوجه وذلك لان من بيده المال اما ان يقر بشيء مما اقر به المعزول او يجحده كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول
المعزول عليه شيء وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضي الي وهو لفلان ابن فلان من اقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب اولا بتعليله
واما ان يقول دفعه القاضي الي ولا ادري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل واما ان يقول دفعه الي وهو لفلان غير من اقر له
القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد اقر باليد له فصار كأن المال في يده ثم اقر انه لفلان وهو لا يصح واما ان يقول
هو لفلان غير من اقر له القاضي ودفعه الي القاضي وهو المذكور في الكتاب اخرا وحكمه ان المال يسلم الى المقر له اولا لسبق حقه ثم يضمن مثله
للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم
المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الي القاضي وهو يقول لفلان فقد اقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من اقر له القاضي
اتلف المال على من اقر له القاضي فكان ضامنا للمثل او القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره وفيه نظر لان الاقرار
الاول اما ان يبطل ما بعده اولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالاقرار
للغير بشمول الضمان او شمول العدم ولم ار احدا ذكر الضمان للمقر له ثانيا في الوجه الرابع ويمكن ان يجاب عنه بان الاقرار الاول ان كان باليد
يختار ابطال ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار ممن لا يد له لصدوره عن الاجنبي عن المقر به فاسد فاذا اقر باليد لشخص ثم اقر بعده
بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره عمن لا يملكه واذا اقر بالملك لغيره بان في يده صح اقراره ثم بالاقرار باليد لغيره يريد ان يبطل الاول
وليس له ذلك لكونه اقرارا في حق غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه باتلاف حقه باقراره لغيره في وقت صح منه ذلك
قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد اي المجلس الحاكم يجلس للقضاء جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين
وروي عن ابي حنيفة انه قال والمسجد الجامع اولى لانه ارفق واشهر بالناس قال الامام علي البزدوي هذا اذا كان الجامع في وسط
البلد واما اذا كان في طرف منها يختار مسجدا في وسطها كيلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعي يكره الجلوس
في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد وفصل
مالك فقال يبنى ما كان الحكم في المسجد فيتقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه فلم يكره الاول وكره الثاني ولنا ما روي انه عليه السلام قال انما بنيت
المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله يفصل الحكومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات
ولان القضاء بالحق من اشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة قوله ونجاسة المشرك دليل عن جواب الشافعي وتقريره نجاسة المشرك
في اعتقاده لا في الظاهر فانه ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود في المسجد فلا يمنع منه وقوله اذا لم يصب الارض منه
شيء والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي او الى باب المسجد او يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة
فان قيل يجوز ان يكون القاضي لم يبق غير مسلم لا يعتقد حرمة الدخول في المسجد فيجيء على حاله قلنا الكفار ليسوا مخاطبين بفروع الشرائع
فلا بأس بدخوله لو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك قال الامام فخر الاسلام اذا كان داره في وسط البلد كما تقدم في المسجد فاذا جلس
فيها يأذن للناس بالدخول فيها لان لكل واحد حقا في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس معه لو جلس في المسجد حتى يكون ابعد من التهمة
اذ في الجلوس وحده تهمة الظلم واخذ الرشوة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم منه الحاكم لا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم
منه او ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء اما انه لا يقبل الهدية فلانه من جوالب القضاء اذ لم يكن على صفة المستغني وهو حرام والاصل
في ذلك ما رواه البخاري باسناده الى عروة ابن الزبير عن ابي حميد الساعدي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازد
يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي الي فقال عليه السلام فهلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدى له

او

اولا واستعمل عمر رضي الله عنه ابا هريرة فقدم بمال فقال من اين لك هذا قال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال اي عدو الله هلا
قعدت في بيتك فتنظر ايهدى اليك ام لا فاخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة واما
القبول من ذي رحم محرم لا خصومة له فلانه من جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ
الكتاب اعم من ان يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وان لا يكون وعبارة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبي
واما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فلانه ليس باكل على القضاء بل هو جري على العادة حيث لم يزد على المعتاد
وليس له خصومة والحاصل ان المهدي للقاضي اما ان يكون ذا خصومة اولا والاول لا يجوز قبول هديته مطلقا اي سواء كان قريبا او مهاديا
قبل القضاء او لم يكن والثاني اما ان يكون قريبا او ممن جرت له العادة بذلك اولا والثاني كذلك لانه اكل بالقضاء فتحاماه والاول يجوز
قبوله ان لم يزد مثله العادة على المعتاد قال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عنده بان ازداد ماله يقدر ما زاد في المال لا بأس بقبوله
ثم ان اخذ القاضي ما ليس له اخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يردها على اربابها
ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير وان لم يعرفهم الا ان الرد متعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها
في بيت المال لانه انما اهدي اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم قال ولا يحضر القاضي دعوة
الا ان تكون عامة قيل وهي ما يكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف
ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين
القريب وغيره وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد انه يجيب دعوة القريب وان كان خاصة كالهدية وان كان في الفرق لهما بين الضيافة
والهدية حيث جوز قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوز حضور دعوته ان ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا
مهاداة قبل القضاء وانما حدث بعده وما ذكروا في الهدية محمول على ما اذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة الرحم وذكر فخر الاسلام
ابو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي ان لا يجيب القاضي دعوته وان كانت عامة لانه يؤدي الى ايذاء الخصم الاخر او الى
التهمة قال ويشهد الجنازة ويعود المريض الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم على المسلم قال عليه
السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق روى ابو ايوب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ست خصال واجبة ان ترك منها
شيئا فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان
ينصحه واذا عطس ان يشمته كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف احد الخصمين لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك روي عن علي انه قال نهانا
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نضيف الخصم الا ان يكون خصمه معه ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة قوله واذا حضرا سوى
بينهما اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي وان كان احدهما من ولاته والاخر فقيرا او كان ابا او ابنا يسوي بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه
على الارض لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي فيفوت التسوية ولو اجلس احدهما عن يمينه والاخر عن يساره
فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل السلطان الى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه ويجلس
الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما كيلا يكون مفضلا لاحد الخصمين على الاخر وفيه دليل على ان القاضي يجوز له ان يحكم على
من ولاه وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهما في
المجلس والاشارة قال ولا يسار احدهما ولا يشير اليه لا يكلم القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه لا بيده ولا برأسه ولا بحاجبه
ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لان في ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر قلب الاخر فيتجنبه عن طلب حقه فيتركه وفيه
احتراز ان يفعل به ذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء وينبغي ان يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم
بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب ويقول له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط
يجلس الخصمين مقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس قال ويكره تلقين الشاهد تلقين الشاهد هو ان
يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول اتشهد بكذا وكذا وهو مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين
الخصم وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضاء مشروع لاحياء حقوق الناس وقد
يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين احياء للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل واما في موضع التهمة مثل ان
ادعى الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد بالالف فالقاضي قال يحتمل ابرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك
ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وتأخير قول ابي يوسف يشير الى اختيار المصنف والاشخاص هو ارسال الرجل لاحضار
الخصم

فصل في الحبس

لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افرده في فصل على حدة وهو
مشروع بقوله تعالى او ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة ولم
يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان سجن وكان يحبس في المسجد او الدهليز حيث امكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه احدث
السجن بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا من مدر فسماه مخيسا ولان القاضي نصب لايصال الحقوق الى مستحقيها فان امتنع
المطلوب من اداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان يجبره على الاداء ولا خلاف ان لا يجبره بالضرب فيكون بالحبس قال واذا
ثبت عند القاضي وطلب حبس غريمه اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو اما ان يثبت بالاقرار او بالبينة

وان كان الاول لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في اول الامر لان من حجته ان يقول ظننت انك تمهلني فلم استصحب المال فان ثبت امهل حتى ان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه فان كان الثاني حبسه كما ثبت لظهور المماطلة بانكاره وروي عن شمس الائمة السرخسي عكس ذلك ووجهه ان المدعي اذا اثبت بالبينة كان له ان يعتذر ويقول ما علمت له دينا علي فاذ اعلمت الان لا اتواني في قضا به ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار وان كان غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم وما دونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجي رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض اهله وموت والده وولده اذا كان ثم من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقامة بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالد وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر بالطالب وان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع ليتضجر قلبه فيتسارع الى قضا الدين وبالمرض يزداد التضجر وان لم يكن له خادم اخرجوه لانه اذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج الى الجماع وطلب عليه زوجته او جاريته فبطل بها حيث لا يطلع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضا شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقيل الوطي ليس من شهوة الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضا الدين ويمنعون من طول المكث عنده قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا فان امتنع الغريم عن ادا ما عليه حبسه اذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسال عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وانكره المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول قول المدعي وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا ثبت المال في يده حصل غناه وزواله على الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل اليسار اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن مخرجه منه ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته قال القدوري ولا يحبسه فيما سوى ذلك يعني ثمن العضب وارش الجنايات اذا قال اني فقير لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الا ان يثبت المدعي ان له مالا ببينة فيحبسه وروى الخصاف عن اصحابنا ان القول قول المدعى عليه في جميع ذلك اي ما كان بدلا عن مال وما لم يكن لان الاصل هو العسرة لان الادمي يولد ولا مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه ويروى ان القول قوله الا فيما بدله مال وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف لانه عرف دخول شي في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه شي ولم يعرف قدرته على القضا فبقي متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلاثة اقوال وفي المسئلة قولان اخران احدهما ان كل ما كان سببه سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم والاخر ان يحكم الزي ان كان زي الفقر كان القول له وان كان زي الاغنيا كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون في الزي مع حاجتهم فلا حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزي فيهم دليل اليسار وقوله وفي النفقة بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان المسئلتان من المحفوظ تؤيدان القولين الاخيرين اما تاييدهما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر اولا كان القول قول المراة والشريك الساكت في دعوى اليسار ولما تاييدهما للذي كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلان لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول من عليه فعلم ان الصحيح هو القولان الاخيران والقول قوله والتخريج على ما قال في الكتاب يعني القدوري جواب عن المسئلتين تقرير للمذكور فيه وتقديره انه اي النفقة على ما وبل الاتفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا اسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء او بقاء من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة وحينئذ لا يرد ذلك على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم انه لا يحصل الخلاص منه الا بادائه وما ثمة من جهة الا بادائه واقدم عليه دل على انه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك عليه بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلاثة ثم يسال جيرانه واهل خبرته عن يساره واعساره اما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال واما توقيته فلانه لا يظهر له ان كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفايدة فقد ذكر بعضهم عين التقدير بشهرين وثلاثة اشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر اجل قال شمس الائمة الحلواني هو ارفق الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن ابي حنيفة اربعة اشهر الى ستة اشهر والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بتقدير لازم بل هو مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجره الحبس في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير فلحظ بمقدار تلك المدة التي يضجر الاخر فان وقع في رايه ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له مال ولم يظهر يسال عن حاله بعد ذلك فيسال عنه فقامت بينة على عسرته اخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة الى لفظ الشهادة والعدد بل اذا اخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان احوط اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان انه معسر خلي سبيله وليس هذه شهادة على النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث فيكون الشهادة

بامر

بامر حادث لا بالنفي فان استحلف المطلوب الطالب انه لا يعرف انه معدم حلفه القاضي فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس قال شيخ الاسلام هذا السوال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضي ان يعمل برايه ولكن لو سال كان احوط فيل محمد قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بما يملك وتعذر القضا به لان الشهود لم يشهد وابمقداره ولم يقبل فيما اذا انكر المشتري جوار الشفيع وانكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فاقام الشفيع بينة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يقضي بهذه البينة فما الفرق بينهما واجيب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضا الدين والقدرة عليه تكون بملك مقدار الدين مثبت بهذه الشهادة فقدر الملك يكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شي معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سوا فوضح الفرق بينهما قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله فان لم يظهر للمحبوس مال بعد مضي المدة التي راها القاضي برايه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهر او شهرين او اربعة على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظرة الى الميسرة بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله معنى بعد مضي المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه انه لا يخليه ما لم يمض المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا في شرح ادب القاضي وقالوا اذا اثبت اعساره اخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شي من ذلك ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة بان اخبر واحد ثقة او اثنان او شهد بذلك شاهدان انه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليلته وقد اختبرنا امره سرا وعلانية ففيه روايتان تقبل في رواية ولا تقبل في رواية الاصل وعليها عامة المشايخ وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد ففيه روايتان عن رواية لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الجليل ابو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسماعيل ابن حماد ابن ابي حنيفة وفي اخرى وعليها مشايخ ما وراء النهر انه يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا يقبل الا اذا تايدت بمويد وقبل الحبس ما تايدت واذا حبس ومضت المدة فقد تايدت به اذ الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها قال في الكتاب اي قال القدوري خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمايه وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس من الملازمة هل للطالب ذلك ام لا سنذكره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى وذكر في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في اول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه اول وهلة فيحتاج الى تاويل فلهذا ذكر المصنف وبله بقوله ومراده اي ومراد محمد اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته وهذه الرواية يصح ان تكون معتمد شمس الائمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في اول الفصل او تحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التاويل فقوله والحبس اولا يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس اولا ومدته ما بيناه ليس فيه مخالفة لما بيناه فلا يحتاج الى ذكره فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها وقد رفعته الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص قال الله تعالى ولا تقل لهما اف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد ولان النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها وساير الديون لم تسقط به فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك حق الغرما وكذا المولى لعبده ومولاه لانه لا يستوجب عليه دين وكذا الدين كتابه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا يقع المقاصة والمكاتب في حق الكتابة بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ويحبس في غيره لانه لا يتمكن من فسخ سبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل تجب التسوية بينهما لانه يتمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة

باب كتاب القاضي الى القاضي

اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا الا ان الحبس تمام عمل واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس يابى جواز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس لما روي ان عليا رضي الله عنه جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تثبت بالشهادات دون ما يندرئ بها اذا شهد به عند الشيخ عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان يشهدوا على خصم او لا وتنكيره يشير الى انه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتيج الى الكتاب ولا بد منه لئلا يقع القضا على الغايب فالمراد به كل من يمكن ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لكون الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغايب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافق رايه او خالفه لاتصال الحكم به واما الثاني فان وافقه نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد تشير الى ذلك بقوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بتوسط منها العلوم الخمسة وهي ان يكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكر ما عداها ان شاء الله تعالى فقوله وجوازه هو الموعود بقوله على ما نبين وهو يشير الى ان جوازه ثابت بعينه للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو نقلهم لجمع بين الشهود والخصم وكما جوز الشهادة على الشهادة لاحيا حقوق العباد فكذا جوز الكتاب لذلك ولا يراد بالشبه القياس لما تقدم انه مخالف للقياس كما يراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله

لوجوده

لعدم

يعني قول القدوري في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك
بمنزلة الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان بمنزلته قوله وهو يعرف اي الدين يعرف بالوصف يشير الى ثلاثة اشياء الى ان الدين انما
يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة
الدين في انها تعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة واعترض بان ما سوى الدين محتاج اليها فان النكاح محتاج الى الاشارة الى الرجل والمراة
في دعوى النكاح منها اي من كل الجانبين وكذلك في الباقي كانت بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية واجيب
بان الاشارة الى الخصم شرط في ذكرته وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال الا ترى ان الاشارة الى
الدائن والمديون لا بد منها عند دعوى الدين ليس ذلك بمانع بالاجماع ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه
بالتحديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها عند ابي حنيفة ومحمد وهذا هو المجوز اه في العبيد والجواري
واستحسن ابو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبيد دون الاماء فان العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الاباق فتمس
الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم داخل البيت غالبا وعنه اي وعن ابي يوسف انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها يعني
الكتب المبسوطة كالمبسوط وشروح ادب القاضي وصفة ذلك بخاري ابق عبد له الى سمرقند مثلا فاخذه سمرقندي وشهود المولى ببخارى فطلب
من قاضي بخارى ان يكتب بشهادة شهوده عنده فلان وفلان بان العبد الذي صفته كيت وكيت ملك فلان الفلاني المدعي وهو اليوم بسمرقند
بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده
ليشهدا عليه عنده بالكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي
الملك لم يكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ويكتب كتابا
الى قاضي بخارى ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما فيه واذا وصل الى قاضي بخارى وشهدا بالكتاب وختمه امر المدعي باعادة شهوده
ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرأ
كفيله وفي رواية عن ابي يوسف ان قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي سمرقند فيه
ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب
اليه يفعل ذلك فيبرأ الكفيل وصفة الكتاب في الجواري صفته في العبيد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي ولكنه يبعث
بها معه على يد امين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه ولكن ابو حنيفة ومحمد قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا اخذ العبد
اليه يستخدمه قهرا او يستغله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة تشتبهان فان المختلفين قد يتفقان
في الحلية والصفات فالاخذ بالقياس اولى وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون وهو مذهب مالك واحمد والشافعي
في قول قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة شهادة رجلين او رجل وامرأتين
اما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها واما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة
النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشافعي يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير البينة قياسا على كتاب اهل الحرب واجاب
المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستيمان يعني اذا جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير بينة حتى لو امنه الامام صح لانه
ليس بملزم فان للامام رايا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس
بالتزكية بل هو بالشهادة الا ترى انه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل فيه اشارة الى ان رسول القاضي
الى القاضي غير معتبر اصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه
كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله او اتحادهما في عدمه لان القياس يأبى جوازهما وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب
واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فيبقى على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان
كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه
كقول واحد من الرعايا قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه شرط ابو حنيفة ومحمد علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة
الشهود ولهذا يجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى
الا من شهد بالحق وهم يعلمون ويختم بحضرتهم ويسلمه اليهم الى الشهود كيلا يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم او بيد الخصم وهذا قولهما وقال ابو يوسف
انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفع الطالب اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم فان فات شيء من الامور
المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا اشهدهم القاضي ان هذا كتابه وخاتمه وشهدوا
على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة
لان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة ومحمد واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف تيسيرا على الناس قال واذا وصل
الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب
اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم بخلاف سماع
القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع قال ابو يوسف

يقبله

يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يتعلق بالعلم بما في الكتاب فاعتبر حضور الخصم
عند الحكم به قال فاذا سلمه الشهود اليه اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان
القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا
شهدوا انه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحه لما مر انه لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حتى لم يقل
فاذا شهدوا وعدلوا قال المص والصحيح انه يفض الكتاب اي يفتح بعد العدالة كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم يظهر العدالة ربما
احتاج المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فاما اذا
فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا ايراد انه دون لا طائل فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم تظهر فاما اذا
لم تكن شرطا فكما ادوا الشهادة جاز فضه فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب انا لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة الشهود بعد الفتح بل
يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم مخل بالكتاب لا به ولعل الاصح
ما قاله محمد من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كما نقله الصدر الشهيد في المغني والمكتوب اليه انما
يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او خرج عن اهلية القضاء بجنون او اغماء او فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على
ما يقول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب او بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال ابو يوسف في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي
لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه بالخطاب
المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان بمنزلة شهود الفروع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء فانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالموجب
وهو ان الكاتب وان كان ناقلا الا ان هذا النقل له حكم القضاء بدليل انه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظ الشهادة ووجب
على الكاتب نقل الكاتب هذا النقل لسماع البينة وما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء
على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية كما اذا مات القاضي قبل اتمامها واستدل المص
بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاض اخر في غير عمله او في غير عملهما وهذا انما يتم اذا عزل اما في الموت او في الخروج
عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى
اهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج عن الاهلية اولى وكذا لو مات المكتوب اليه يبطل كتابه وقال الشافعي
يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي المكاتب اعتمد على علم الاول وامانته
والقضاة متفاوتون في اداء الامانة فصار كالامناء في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل واحد فكذا ههنا الا اذا افصح باعتماده على
الكل بعد تعيين واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرط
وهو ان يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعا له بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
فانه لا يصح عند ابي حنيفة وقيل الظاهر ان محمدا معه لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما مر وهو رد لقول ابي يوسف في جوازه فانه
حين ابتلي بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للامر على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل
موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وقال الشافعي في قول يقبل لان الاعتماد على الشهود
ولنا ان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما فصل اخر
قال في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان محلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف
الكتاب الحكمي فان له الراي في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان نفاذ محل الاجتهاد بذكر اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به
وهذا يدل على ان الفصل من تتمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قوله اخر ينافي ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل اخر
والاولى ان يحمل هذا الفصل اخر في ادب القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل اخر قال ويجوز قضاء المراة في كل شيء الا في الحدود والقصاص
قضاء المراة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه اي في اول ادب القاضي ان حكم القضاء يستقى من حكم
الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية وكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وهي اهل للشهادة في غير الحدود والقصاص
فهي اهل للقضاء في غيرهما وقيل اراد به ما مر من قبل مخطوطا من قوله لان فيه شبهة البدلية لانه يدل على ان فيه شبهة البدلية لا معنى يجمعهما وكذا
كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء بعذر وبغيره الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد
به اي بالقضاء فصار كالوكيل لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يجوز له ان يستخلف لان اداء الجمعة على شرف
الفوات لتوقيته بوقت يفوت الاداء بانقضائه فكان الامر به من الخليفة اذنا بالاستخلاف دلالة لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة
لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لان المستخلف بان لا مفتتح واعترض بمن افسد
صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة ولم يشهد الخطبة واجيب بانه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة
واري ان الحاقه بالثاني لعدم شروعه في تلك الصلاة اولى فتامل قوله ولا كذلك القضاء اي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت حتى يفوت بالتاخير
عند العذر فمن اذن بالجمعة مع علمه انه قد يعرض له عارض يمنعه من ادائها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء فلو فرضنا انه استخلف
وقضى الثاني بحضرة الاول او قضى الثاني عند غيبة الاول فاجازه الاول جاز اذا كان من اهل القضاء كما في الوكالة فان الوكيل اذا لم يؤذن له

الاعتماد

صح

التقليد به صح

بالتوكيل او توكله ونحوه بحضور الاول واجازه الاول جاز وقوله لانه حضره راي الاول يصلح دليلا للمسيلتين اما في هذه المسيلة فلان الخليفة
رضي بقضا راي القاضي وقت تقليده لاعتماده علي علمه وعمله والقاضي لم يحكم الذي حضره القاضي او اجازه فقضا حضره راي القاضي
فيكون راضيا به واما في الوكالة فسيجي في كتاب الوكالة قيل الاذن في الابتدا كالاجازة في الانتها فلم لم يصلح الجواز وعدمه واجيب
بالمنع فان البقا اسهل من الابتدا وان الحكم الذي اذن له القاضي به في الابتدا قضا لم يحضره راي القاضي وكان رضا الخليفة بتوليه
القاضي مقيدا به قوله فان فوض اليه ملكه اي اذا قال الخليفة للقاضي ول من شئت كان له ان يولي غيره فيصير الثاني نايبا عن الخليفة
حتي لا يملك الاول عزله الا ان يقول له واستبدل من شئت فيملك الاول عزله وهذا بنا علي ان المرض القاضي لا يتعدي الي غير ما فوض اليه
فاذا قال الخليفة ول من شئت واقتصر علي ذلك كان امرا له بالتوليه والعزل خلافه واذا اضاف الي ذلك واستبدل من شئت كان امرا له
بهما فكانا له فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان اذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضي القضاة هو الذي يتصرف في
القضاة تقليدا وعزلا كذا في الذخيرة قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض
الي غيره توكيلا وايصا واجيب بان اوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد عجز الموصي عن الجري علي موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الي الوصي
فيكون الموصي راضيا باستعانته من غيره ولا كذلك القضا وقيل القاضي يملك التوكيل والايصا ولا يملك التقليد والتعليل المذكور
ثم التقليد يجري فيهما واجيب بان المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقيع الف لي القضا اكثر قال واذا رفع الي
القاضي حكم حاكم امضاه اذا تقدم رجلان الي قاض وقال حكم علي فلان القاضي بكذا او كذا امضاه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية
عمدا فانه مخالف لقوله تعالي ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه او السنة اي المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثا للزوج الاول بمجرد النكاح
بدون اصابة الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناه في التنقيح علي ما ينبغي او الاجماع كالحكم ببطلان
قضا القاضي في المجتهد فيه او يكون قولا لا دليل عليه قيل كما اذا قضي علي الدين سقوط الحكم بسقوط الدين عمن عليه لتاخير المطالبة
فانه لا دليل شرعي يدل علي ذلك وفي بعض النسخ بان يكون هو تعليل للاستثنا فكانه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب انه
يكون قولا بلا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقها فقضي به القاضي ثم جا قاض اخر يري غير ذلك امضاه وفيه فايدتان احدهما
انه قيد بالفقها اشارة الي ان القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه علي قول العامة كذا في الذخيرة والثانية انه قيد بيري
غير ذلك اشارة الي ان الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ينفذ سوا كان موافقا لرايه او مخالفا فانه اذا نفذه وهو مخالف لرايه ففيما
يوافقه اولي وفي رواية القدوري سالته عن العايد بين جميعا والاصل في تنفيذ القاضي ما رفع اليه اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ان
القضا متي لاقي محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ان كلا منهما يحتمل الخطا وقد ترجح الاول باتصال القضا
ولا ينقض بما دونه درجة وفيه لم يتصل القضا به وتقابل ان يقول القضا في المجتهد فيه متفرع علي راي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا للاصل
ويمكن ان يجاب عنه بان الفرع لا يصلح مرجحا للاصل من حيث هو منه او مطلقا والثاني مم فانه يجوز ان يكون مرجحا له من حيث بقا الاصل
عنه وجوه ما يرد فه من اصل بلا فرع اذ الشي المساوي للشي في القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شي اخر والاول مسلم وليس الكلام فيه ويويد ما
روي عن علي رضي الله عنه انه لما شغله اشتغال المسلمين استعان بزيد بن ثابت فقضي زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه احد الخصمين
فقال ان زيدا اقضي علي يا امير المومنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال له ما يمنعك يا امير المومنين الساعة فاقض لي فقال عمر لو كان هنا نص
اي لقضيت لك ولكن هنا راي والراي مشترك ولو قضي القاضي في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا
ففيه روايتان ووجه النفاذ وهو دليل الشيان ايضا طريق الاول انه ليس بخطا بيقين لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كما في المجتهد فيه
ووجه عدمه انه زعم فساد قضايه وهو مواخذ بزعمه وقال ابو يوسف ومحمد لا ينفذ في الوجهين لانه قضي بما هو خطا عنده فيعمل به بزعمه قال
ابو يوسف ومحمد لا ينفذ قال المصنف وعليه الفتوي قال ثم المجتهد فيه الا يكون مخالفا لما ذكرنا لما ذكر ان حكم الحاكم في محل مجتهد فيه
ماض اراد ان يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فان حكم حاكم بخلاف ذلك
ورفع الي الاخر لم ينفذه بل يبطله حتي لو نفذه ثم رفع الي قاض ثالث نقضه لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه للاعتماد بخلاف المجتهد فيه
فانه اذا رفع الي الثاني نفذه كما عرفت فان نقضه رفع الي ثالث فانه ينفذ القضا الثالث الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد
وهو نفذ الاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في
تاويله لقوله تعالي ولا تنكحوا ما نكح اباوكم من النسا فان السلف اتفقوا علي عدم تزوج امراة الاب وجاريته ووطيها ان وطيها الاب فلو
حكم حاكم بجوازه نقضه من رفع اليه والمراد بالسنة المشهورة منها كما ذكرنا والمراد بالمجمع عليه الجمهور اي جل الناس واكثرهم ومخالفة البعض غير
معتبرة لان ذلك خلاف لا اختلاف فعلي هذا اذا حكم الحاكم علي خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه علي خلاف الاجماع نقضه من رفع فيه وينبغي ان
يحمل كلام المصنف علي ما اذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم
يتبعه احد وانكروا عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد علي الحرمة بدونه فاما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه
كقول ابن عباس في اشتراط حجب الام من الثلث الي السدس بالجمع من الاخوة في اعطايه ثلث الجميع بعد فرض احد الزوجين فان حكم به حاكم لم
يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الايمة ولعله اختيار المصنف ولا يحمل علي قول من يري ان اختلاف الاقل غير مانع لانعقاده لانه
ليس بصحيح عند عامة العلما قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان
بين

بين الصحابة والتابعين لا الذي كان بعدهم وعلي هذا اذا حكم الشافعي او المالكي برايه مما يخالف راي من تقدم عليه من الصدر الاول
ورفع ذلك الي حاكم لم ير بذلك كان له ان ينقضه قال وكل شي قضي به القاضي في الظاهر بتحريمه كل ما قضي القاضي بتحريمه في الظاهر اي فيما
بيننا فهو في الباطن اي عند الله هو كذلك وكذا اذا قضي باحلال لكن شرط ان يكون الدعوي بسبب معين كنكاح وبيع وطلاق او اعتاق لا في الاملاك اذام
المرسلة وهو مسيلة قضا القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور في العقود ما اذا ادعي علي امراة نكاحا فانكرت واقام عليها شاهدي
زور وقضي القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطيها وحل للمراة التمكين منه علي قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف الاول خلافا لمحمد
وزفر والشافعي وهو قول ابي يوسف الاخر وكذا اذا ادعت علي رجل وانكر ومنها ما اذا قضي بالبيع بشهادة الزور سوا كانت الدعوي
من جهة المشتري مثل ان قال بعتني هذه الجارية او من جهة البايع مثل ان قال اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطيها في الوجهين
جميعا سوا كان القضا بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبيع بثمن مثل قيمته او اقل مما يتغابن فيه الناس او لا عند بعض المشايخ لان
الشهادة شرط انعقاد النكاح قصدا او الانعقاد هنا يثبت اقتضا فلا يشترط الشهادة وان البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد الماذون
له والمكاتب وان لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلة وقال بعضهم انما يثبت النكاح اذا كان القضا بحضر من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم
يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير منشيا وله ولاية الانشا وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعي احد
العاقدين فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبايع وطيها ومنها ما اذا ادعت علي زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت
شاهدي زور وقضي القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج اخر بعد انقضا العدة حل للزوج الثاني ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها بان
كان احد الشاهدين او لم يعلم بذلك وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطي لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان
زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام ان علي قول ابي يوسف الاخر يحل وطيها سرا وعلي قول محمد يحل للاول وطيها ما لم يدخل بها
الثاني فاذا دخل بها لا يحل سوا علم الثاني بحقيقة الحال او لم يعلم قال ولا يقضي القاضي علي غايب القضا علي الغايب وله عندنا
لا يجوز الا بحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز والا لا يصح في الاصح اذامي
لان في الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضا بالحجة وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيجعل للقاضي العمل بوجودم
بمقتضاها ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بنا الحكم علي الدليل المحتمل الا ان الشرع
جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا واقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بالانكار ولم يوجد فان قال قد علم
بالشهادة بدون الانكار اذا احضر الخصم وسكت اجيب بانه انما الشرع انزله منكرا حملا لامره علي الصلاح اذ الظاهر من حال المسلم ان لا يسكت ان
كان عليه دين ودفعا لظلمه ان اراد بكونه توقيف حال المدعي عن سماع الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة
الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد الملك قلنا مم فان الظاهر من حاله الاقرار لان المدعي
صادق ظاهرا لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه ايضا وان قال لو انكر ثم غاب كان الواجب سماع
الحجة وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فالملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسياتي له جواب اخر وان قيل فالقضا وقف
الحكم علي حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه ان حضر فاقر لزمت الدعوي وان انكر فكذلك فالجواب بان النزاع في ظهور الحق
بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع وبانه لا يفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ومنعه او يسلم الدعوي ويدعي الادا او بينة او يقر قبل
القضا بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل الفوايد قوله ولانه يحتمل الا
قرار الخ دليل اخر علي المط والضمير للشان ويجوز ان يتنازع ان ومشتبه في وجه القضا واعمل الثاني ومعناه ان الشان يحتمل الاقرار والانكار
او وجه القضا يحتملهما من الخصم فيشتبه علي الحاكم وجه القضا لان احكامهما مختلفة فان حكم القضا بالبينة وجوب الضمان علي الشهود عند
الرجوع ويظهر في الزوايد المتصلة وقد تقدم في اول باب الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشتري جارية فولدت عنده فاستحقها
رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد
متفرعا من جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم علي بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية علي الغير ولهذا لا يرجع
الباعة بعضهم علي بعض فان استدل الخصم بقوله عليه السلام البينة علي المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا او غايبا او بحديث هند
حيث قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد
قضي عليه بالنفقة وهو غايب اجيب عن الحديث الاول بانه يدل علي ان من ادعي شيا فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا
اقر ليس علي المدعي اقامة البينة ليس بمحل النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم علي الغايب او لا وليس فيه ما يدل علي نفي او اثبات وقد قام
الدليل علي نفيه وهو قوله عليه السلام لعلي حين بعثه الي اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتي يسمع كلام الاخر فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف
تقضي رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بان رسول الله كان عالما باستحقاق النفقة علي ابي سفيان حيث قال لا يري اي الم
نعم البينة ولو انكر ثم غاب فكذلك يعني لا يقضي القاضي في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضا لان
الشرط قيام الانكار وقت القضا لان البينة انما تصير حجة بالقضا وهو الجواب الموعود بقولنا سياتي وفيه خلاف ابي يوسف فانه يقول الشرط الا
صرار علي الانكار الي وقت القضا وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب واجيب بان الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات قال ومن يقوم
مقامه لما ذكر ان القضا علي الغايب لا يجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم ان الخصم الحاضر مقام الغايب اما ان يكون

بفعل فاعل او يكون حكما شرعيا والاول اما ان يكون الفاعل هو الغايب كما اذا وكل شخصا وهو ظ او القاضي كما اذا اقام وصيا من جهته والثاني
اما ان يكون ما يدعي به على الغايب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر او شرطا لحقه فان كان سببا لا محالة كان المدعي واحدا كما اذا ادعى دارا
في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة ان الدار دار ه اشتراها من فلان الغايب وهو يملكها فان المدعي وهو الدار واحد
وما ادعى على الغايب وهو الشرا السبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشرا من المالك سبب للملك لا محالة او شيين مختلفين كما اذا ادعى
رجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغايب فاقام المشهود له بينة ان فلان الغايب اعتقهما وهو يملكهما
هذه الشهادة والمدعي شيان المال على الحاضر والعتق على الغايب سبب المدعي على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال
فيهما على الحاضر قضا على الغايب والحاضر ينتصب خصما عن الغايب لان المدعي شي واحد في الاول او شي واحد في الثاني لعدم الانفكاك
فاذا احضر الغايب وانكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولها نظاير في الكتب المبسوطة والمص لم يتعرض الا للسببية واما
ان يكون المدعي شيا واحدا او شيين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالشي اللازم فان الملحق اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيدنا السبب بقولنا
لا زما احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت فانه اي فرضه لا ينتصب خصما عن الغايب كما اذا قال رجل لامراة رجل غايب ان زوجك
فلانا الغايب وكلني ان احملك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلاثا واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق
اثبات الطلاق على الغايب حتى اذا احضر وانكر الطلاق يجب عليها اعادة البينة لان المدعي على الغايب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت
ما يدعي على الحاضر وهو قصر يده فان الطلاق متى تحقق لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا
بالحمل بعد الطلاق فكان المدعي على الغايب سببا لثبوت المدعي على الحاضر من وجه دون وجه فعلنا بمقتضى قصر اليد دون الطلاق عملا بهما
فان قيل كلام المص ساكت عن هذا قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل عن التقييد وان كان اعنى ما يدعي به على الغايب
شرطا لحقه اي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامراته ان طلق فلان امراته فانت طالق فادعت امراة الحالف عليه ان فلانا طلق امراته واقامت
على ذلك بينة قال المص لا تقبل بينتها في جعل خصما عن الغايب وهو قول عامة المشايخ لان بينتها على فلان الغايب لا تقبل لان ذلك ابتدا القضا
على الغايب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الايمة الاوزجندي ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغايب كما في السبب لان دعوى المدعي
كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه اكثر لكونه مزالا بينهما لان المعتبر توقف ما يدعي
على الحاضر على ما يدعي على الغايب وفي الشرط موجود واخرج المص المسجن من جهة القاضي وهو من بينصبه وكيلا عن الغايب ليسمع الخصومة
عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي لان كلامه فيمن يقوم مقام الغايب والمسجن لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الروايتين
فيه فكانه اختاره قال ويقرض القاضي اموال اليتامى للقاضي ان يقرض اموال اليتامى ويكتب الصك لاجل تذكره الحق وهو الاقراض
لان في اقراض اموالهم مصلحتهم لبقايها محفوظة فان القاضي لكثرة اجتهاده قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم تكن
مضمونة بالهلاك فلم تكن مصمونة وبالقرض تصير محفوظة مضمونة فيقرضها فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يومن العوي بجحود المستقرض اجاب بقوله
والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له ان يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ
والضمان وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة التوي باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل والاب كالوصي
في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار الامام فخر الاسلام والصدر الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم
المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرض ممن يامن جحوده وان اخذه الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه ليس له ذلك

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضا وتاخيره من حيث ان الحكم ادنى
مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع اما بالكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من
اهله وحكما من اهلها والصحابة كانوا مجمعين على جواز التحكيم واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فيصح
تحكيمهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلته فيما بينهما واعترض بانه لو كان كذلك لما وقع
التفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول ابي يوسف لكنها وقعت فانه يجوز ان في القضا دون التحكيم عنده واجيب بان التحكيم
صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يتعلق ولا يضاف بخلاف القضا والامارة لانه تفويض واذا كان الحكم
بمنزلة الحاكم اشترط فيه اهلية القضا ولو حكما امراة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من اهل الشهادة فيها قال ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد
قد تقدم ان اهلية القضا باهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي الحكمة المسلمون وان حكم اهل
الذمة جاز لانه من اهل الشهادة بينهما وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا
تحكيمه والمحدود في القذف وان تاب لانه من اهل الشهادة عندنا كما سياتي والفاسق والصبي لعدم اهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق
يجب ان يجوز عندنا كما مر في اول ادب القاضي ان الفاسق لا ينبغي ان يقلد القضا ولو قلد جاز ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل ان يحكم عليهما
لانه مقلد من جهتهما لاتفاقهما على ذلك فلا يحكم الا برضاهما جميعا لان ما كان وجوده من شيين لا بد له من وجودهما واما عدمه فلا يحتاج الى
عدمهما بل يعدم بعدم احدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما ايضا فان قيل اخراج احدهما سعي في نقض ما تم من جهته
قلنا ما تم الامر انما التمام بعد الحكم والنقض تم فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان
فانه لازم واذا رفع حكمه الى حاكم يوافق مذهبه امضاه لانه ان نقضه لم يحكم الا بذلك فلا فايدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وفايدة امضايه

انه لو رفع الى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم يمضه لتمكن لان امضا الاول بمنزلة حكم نفسه وان خالفه ابطله لان حكم المحكم لا يلزمه لعدم
التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض او ان
يرده قال ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين
لاستيفايها واما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت قال شمس الايمة من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جايز وذكر في
الذخيرة عن صلح الاصل ان التحكيم في القصاص جايز لان الاستيفا اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف
ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم
يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان حكم الحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات وهذا كما
ترى اشكل من تعليل المصنف وقالوا قال المتاخرون من مشايخنا تخصيص القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في ساير المجتهدات
كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف ويمين الطلاق على اصحابنا وهو صحيح لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الايمة الحلواني
مسيلة حكم الحكم نعلم ولا نفتي بها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز لكن الامام الاستاذ ابا علي النسفي كان يقول نكتم هذا الفصل ولا يفتي به كيلا
يتطرق الجهال الى ذلك فيودي الى هدم مذهبنا وان حكماه في دم خطا لا ينفذ الحكم في صورة لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان
الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويحكم بالدية
على العاقلة لانه يخالف رايه ويخالف النص حديث حمل بن مالك فهو مردود كما سياتي في كتاب المعاقل ان شا الله تعالى قوله الا اذا ثبت استثنا
من قوله رده القاضي اي رد قضاه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله واما ارش الجراحات فان كانت بحيث لا تتحملها
العاقلة وتحتمل في مال الجاني ان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسماية درهم ويثبت ذلك بالاقرار او النكول وان كان عمدا او قضى على الجاني جاز
لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تتحملها العاقلة بان كانت خمسماية فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينة
وكانت خطا لا يجوز قضاه بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه وقوله ويجوز ان يسمع
البينة يعني انهما لما صار حاكما عليهما بتسليطهما جاز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر المحكم باقرار
احد الخصمين بان يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا او بعدالة الشهود مثل ان يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي
وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشي او قامت عليه بينة بشي لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي
ونفذ لان المحكم يملك انشا الحكم عليه بذلك اذا كانا على تحكيمهما فيملك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضايه لان قضيت عليك
لهذا باقرار او ببينة قامت على ذلك عندي فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا ههنا وان اخبر بالحكم مثل ان يقول
المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق لانه اذ احكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا
وحكم الحكم لابويه وولده وزوجته باطل لان اهلية الشهادة شرط للقضا والشهادة لهوا غير مقبولة فكذلك الحكم ولا فرق في ذلك بين المولى
والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضا واذا حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر محتاج
الى الراي فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما ما رضيا براي الواحد ليس كراي المثنى ولا يصدق ان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة
حتى تشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام كساير الرعايا فلا يقبل شهادتهما على فعل باشراه فصل مسايل شتى اي متفرقة
من شتت تشتيتا اذا فرق ذكر في اخر كتاب ادب القاضي مسايل متفرقة كما هو داب المصنفين ان يذكروا في اخر الكتاب مسايل تتعلق بما قبلها
استدراكا لما فات من الكتاب وترجموه بمسايل شتى او متفرقة او منثورة قيل وعلى هذا كان القياس ان يوخرها الى اخر كتاب القضا ويمكن
ان يجاب عنه بانه ذكر بعدها القضا بالمواريث والرجم وانه بجدير بالتاخير لا محالة واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا
ولا ان ينقب فيه كوة بغير رضى صاحب العلو وليس لصاحب العلو ان يبني على علوه ولا ان يضع عليه جذعا لم يكن ولا يحدث كنيفا الا برضا
صاحب السفل عند ابي حنيفة وقالا جاز لكل واحد منهما ان يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول ابي حنيفة يعني ان ابا حنيفة انما منع عما منع
اذا كان مضرا واما اذا لم يكن فلم يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الاخر فصلا مجمعا عليه لان التصرف حصل
في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه وقيل ليس ذلك بتفسير له وانما الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق
فلا يمنع عنه الا بعارض الضرر فما لم يكن ضررا لم يمنع بالاتفاق وانما تظهر ثمرة الخلاف اذا اشكل فعندهما لم يجز المنع لان الاطلاق بيقين وفي اليقين
لا يزول بالشك والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محكوم للغير وهو صاحب العلو لان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا وتعلق
حق الغير يمنع المالك عن التصرف كما منع حق المرتهن والمستاجر المالك عن التصرف في المرهون والمستاجر والاطلاق بعارض وهو الرضى به دونما
علم الضرر فما لم يوجد اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا وقوله على انه لا يعري عن نوع ضرر بالعلو من توهين بنا او نقضه فيمنع عنه استظهارا على
المنع لافادة ما قبله ذلك قال واذا كانت زايغة مستطيلة سكة طويلة غير نافذة يتشعب عنها مثلها وهي غير نافذة على هذه الصورة
قال ليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيها فيها
لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد ان يفتح بابا بغير اذنهم فكذا هذا الا ترى انه لو بيعت دار في تلك السكة ليس لاهل
السكة العظمى ان ياخذوا بالشفعة لان ملك السكة لهم خاصة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب
لان الفتح رفع لجداره وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا لو فتح كوة او بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح انه يمنع

من الفسخ لان بعد الفسخ لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك تقادم العهد ربما يدعي الحق في العضوي بتركيب الباب ويكون القول
قوله من هذا الوجه قبيح وكلام المص ليس فيه ما يدل على ان الزايغة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه ابو الليث الا اذا
جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز ان يكون حالا من الزايغتين جميعا لان الاشارة بذلك
المثنى والجمع صحيحة فتكون من قبيل قوله تعالى قل ارايتم ان اخذ الله سمعكم وابصاركم وختم على قلوبكم من اله غير الله يأتيكم به اي بذلك على
احد الوجهين وان كانت الزايغة العضوي مستديرة قد لزق طرفاها يعني سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ اعوجاجها راس السكة والسكة
غير نافذة فلكل واحد منهم ان يفتح بابه في اي موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا
مشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه الصورة قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يده دار به داره في يد
رجل ادعى عليه اقرار ان له فيها حقا وانكر ذو اليد ثم صالح منها جاز الصلح وهي مسئلة الصلح على الانكار وسياتي الكلام فيه في الصلح ان شاء
الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح من جهالة المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئا لا يصح دعواه
اجاب بان المدعى وان كان مجهولا لان الصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة والمانع
منها ما يفضي اليها ولقائل ان يقول جهالة المدعى اما ان تكون مانعة صحة الدعوى اولا فان كان الثاني هو من ادعى على انسان شيئا
لكنها لم تصح ذكره في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار
الشق الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق
بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكنه ازالة الفساد باعلام مقدار
ما يدعي فلا يكون رده مفيدا قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانها ملكه بطريق الهبة والتسليم
والتسليم وجحد دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال لي بينة تشهد على الشرى لاني طلبت منه فجحد في الهبة فاضطررت الى شرائها منه فاشتريتها
منه واشهدت عليه واقام البينة على الشرى فان شهدوا على الشرى قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل لظهور التناقض من وجهين
احدهما من حيث ان المدعي ادعى الشرى بعد الهبة وقال جحدني الهبة فاشتريتها والفاء للتعقيب والشهود شهدوا انه قبلها فكانت الشهادة
مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها ان ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشرى على وقت الهبة لانه لم يكن قابلا وهب
له هذه الدار وكانت ملكا له بالشرى قبل الهبة فكيف يثبت الملك له بعد ثبوته بالشرى وان شهدوا بالشرى بعد الوقت الذي ادعى فيه
الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون قبله اي قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها اي قبل الهبة
وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشرى قبل عقد الهبة او وقتها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها
منه لم تقبل ايضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشرى قبلها رجوع منه فعد مناقضا واما اذا ادعى الشرى
بعد الهبة قبلت لانه تقرر ملكه للواهب عنده فليس بمناقض قيل ينبغي ان لا تقبل في هذه الصورة ايضا لانه ادعى شرا باطلا لانه ادعى شرا ما ملكه
بالهبة واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل بزعم صاحبها والمشتري ما لا يملكه فكان صحيحا قال ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية
رجل قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكرها ان اجمع على ترك الخصومة اي عزم بقلبه وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب لاني صمم وسعه
اي حل له ان يطا الجارية لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع
له من الاصل فيتلاقيان ان يقوم احدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخا لا محالة فاذا عزم البايع على ترك الخصومة تم الفسخ من
الجانبين قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامراة تجحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة ان تتزوج بزوج
اخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس هذا كذلك واجيب بان الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالصورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد
اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كمن له شرط الخيار عزم على الفسخ فان العقد لا ينفسخ بمجرده نزل
المص في الجواب فقال ومجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته
وما يضاهيه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة وبه يندفع ما قال زفر انه لا يحل له وطيها لان البايع
متى باعه من المشتري ثبت على ملكه ما لم يبعها او تقايلا ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود دلالة قوله ولانه وقيل لان المشتري لما جحد العقد
تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر الاستيفاء فات رضى البايع وفواته يوجب الفسخ لعوان ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر
والفرق بين الدليلين ان الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب
البايع وفي الثاني مترتب على الفسخ من جانب البايع باستبداده قال ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم اي ومن اقر انه قبض من
فلان عشرة دراهم قرضا او ثمن سلعة له عنده او غير ذلك ثم قال انها زيوف صدق سواء كان مفصولا او موصولا دل على الاول دلالة ثم في الكتاب
والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى هنا واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف
من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال اي بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجويز استبدالا
وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله على ما له حق قبضه لا ما ليس له ذلك
ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى انه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا اجاب المص بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع الملازمة وقوله حملا لحاله على
ما له حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لانه دون حقه والممنوع من القبض ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به

لايستلزم

لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فدعواه الزيوف لم يكن مناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف لكونها من
جنس الدراهم لما تقدم وعلم من هذا انه لو اقر بجياد وهو حقه او بحقه او بالثمن او بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا او نبهرجة لم يصدق
لاقراره بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة في الثاني لان حقه في الجياد والثمن جياد والاستيفاء ينبئ عن التمام والاتمام دون الحق فكان في دعواه
الزيوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البايع وانكره فان القول قول البايع لا المشتري الذي انكر قبض حقه
لان المشتري اقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البايع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبيل الثاني اعني المقر
بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على
السواء فانه اذا اقر انه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقي لا يصدق مفصولا ويصدق
موصولا والفرق هو ان في قوله قبضت مالي عليه او حقي عليه يحتمل حق بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى
البعض من الجملة فصح كما لو قال لفلان علي الف الا مائة فاما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على
حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال لفلان علي مائة درهم ودينار الا دينارا كان
الاستثناء باطلا وان ذكر موصولا كذا هنا قوله وفي الستوقة لا يصدق يعني لو ادعاها بعد الاقرار بقبض الستوقة لم يصدق لانه ليس من جنس
الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل
عن المبسوط في اخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم يسمع وان كان موصولا
يسمع والستوقة اقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة اولى وكان الاعتراض ضعيف وقصاراه ذهول
عن التدقيق في كلام المص فان كلامه فيما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراخي ولا نزاع في غير الزيوف والنبهرجة
انه اذا ادعاه لا يقبل مفصولا واما انه هل يقبل موصولا لم يصرح بذكره اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولا ويقبل
موصولا وذكر احدا اي تبيين تتمم الجانب الاخر ثم الكلام فيما اقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف فانه لا يقبل مفصولا ولا موصولا
كما علم ويجاب عن ذلك بان المنع هناك عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر حيث انه
بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب او عن المشايخ وقد اختاره المص فانه ما عزاه الى شيء من النسخ وتمثيله باستثناء الدينار لا يوجه
ينهض لان وجوده وصف لا يصح استثناؤه فكانه لم يستثن ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال اي رده والنبهرجة بما ترده التجار
ولعله اردى من الزيف والستوقة ما يغلب عليه الغش قيل هو معرب سه توق وهي اردى من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم
قال ومن قال لآخر لك علي الف درهم اعلم ان الاقرار اما ان يكون مما يحتمل الابطال او مما لا يحتمله فان كان الاول فاما ان
يستقل المقر باثباته اولا فالاول يرتد برد المقر له مستقلا بذلك كما ان المقر يستقل باثباته والثاني يحتاج الى تصديق خصمه مثل
هذا اذا قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان المقر مما يحتمل
الابطال وهو مستقل باثباته لانه ما اقر به لا محالة وقد رده المقر له فيرتد وقوله بل لي عليك الف درهم على معتقد لانه دعوى فلا بد لها من حجة
اي بينة او تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت مني هذا العبد فانكر له ان يصدقه
بعد ذلك لان اقراره وان كان مما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد يعني
المقر له لا ينفرد بالرد كما ان المقر لا ينفرد باثباته والمعنى ان حقهما بقي العقد محل التصديق بخلاف الاول فان احدهما ينفرد بالاثبات
فينفرد الآخر بالرد قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب ان لا يفيده التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت
جارية حل وطيها كما تقدم ويجوز ان يقال الا قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كان دليل الفسخ وان
كان الثاني كما اذا اقر بنسب عبده من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند ابي حنيفة لان الاقرار
بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر على ذلك قال ومن ادعى على آخر مالا اي اذا ادعى على آخر مالا
فقال ما كان لك علي شيء قط ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فاقام المدعي البينة على ما ادعاه واقام المدعى
عليه البينة انه قضاه او على الابراء قبلت بينته وقال زفر وهو قول ابن ابي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره
فكان متناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرا منه دفعا للخصومة
والشغب الا ترى انه يقال قضى بباطل كما يقال بالحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك علي شيء والمسئلة بحالها
لان التوفيق اظهر لان ليس لنفي الحال فاذا اقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء او الابراء قبل زمان الحال
لم يتصور تناقض اصلا فالواو دلت المسئلة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسئلة الكتاب بفصل
دعوى القصاص والرق فقال الا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد فقال ثبت عليه اقام المدعى عليه بينة على الابراء او العفو او الصلح
معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقبة جارية فانكرت واقام البينة على رقبتها ثم اقامت هي بينة على انه اعتقها او كاتبها على الف
وانها ادت اليه قبلت ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك او ما اشبهه كقوله ولا رايتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بحالها
لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة
وذكر القدوري عن اصحابنا انه ايضا تقبل لان المحتجب والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا معرفة ثم تعرفه

بعد ذكره فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا يقبل بينته وقيل تقبل البينة على الابراء
في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة قال ـــــ ومن ادعى على آخر انه باعه جارية هذه اي ومن ادعى على آخر انه باعه جارية
هذه فقال المدعى عليه لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الزائدة
واراد ردها على البائع فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافا وذكر الخصاف انه تقبل على
ابي يوسف واشار اليه المصنف بقوله وعن ابي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من فصول الدين فانه لو انكره اصلا ثم اقام البينة على
القضاء او الابراء قبلت لان غير الحق قد يقضى فامكن التوفيق فكذلك يجوز هاهنا ان يقول لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى علي
البيع سألته ان يبرئني عن العيب فابرأ وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره وذلك يقتضي
وجود اصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد انكره فكان مناقضا بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضى وان
كان باطلا على ما مر قال ـــــ ذكر حق كتب في اسفله اي اذا اقر على نفسه وكتب صكا وكتب في اخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي
ما فيه واراد بذكر من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله تعالى او كتب في كتاب شراء فما ادرك فلانا من
درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله عند ابي حنيفة وقالا الاستثناء يصرف الى قوله على فلان خلاصه وعلى من قام
بذكر الحق والشراء صحيح والمال المقر به لازم لانه استثناء يصرف الى ما يليه لانه للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فان صرف
للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل ما فرض للاستيثاق لم يكن له هذا العطف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون
ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق مطلق واذا لم يكتب في اخره
ان شاء الله فالثاني مسلم والكلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك
وهو العطف ولابي حنيفة ان الكل هنا نحو فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي
الى بيت الله ان شاء الله فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة بياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام
واما اذا ترك فرجة فيكون قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت وفائدته لتنبيه ومن قام بهذا الذكر في ايراد
اثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا
ضرورة وكونه توكيلا مجهولا ليس بضار لانه في الاسقاط فان للمقر ان لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت
الناس في الخصومة فاذا رضي فقد اسقط حقه والاسقاط لحق من الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن ابي ليلى لانه لا يجوز التو
كيل بالخصومة من غير رضى الخصم الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا على مذهب ابي حنيفة فان الرضا بالوكالة المجهول عنده لا يثبت فوجوده
كعدمه

فصل

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال ـــــ واذا مات النصراني
فجاءت امرأته مسلمة ذكر مسئلتين فيما يتعلق اثباته بالمستصحب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت اخر وهو على نوعين
احدهما ان يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحياة المفقود والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان
ماء الطاحونة كما سنذكره وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في اصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة فقالت اسلمت
بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول للورثة عندنا وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث
يضاف الى اقرب الاوقات لذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتا فيما
مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة اذا اختلف فيه العاقدان بعد مضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال
يكون القول للاجر وهو صاحب الطاحونة وان كان منقطعا كان القول للمستأجر قوله وهذا معنى تحكيم الحال او ان الحال تعتبر لدفع
استحقاقها الميراث وهو صحيح وهو اعني زفر يعتبره للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل الاستحقاق للميراث
بالحال بل بالاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز ان يجاب بان ذلك ايضا ظاهر والظاهر المستصحب كان او غيره لا يعتبر
للاستحقاق على انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقال
الورثة اسلمت بعد موته فالقول قول الورثة ايضا لا يحكم الحال لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق الذي تحتاج اليه وهو لا يصلح
لذلك وبهذا القدر يتم الدليل وقوله اما الورثة فهم الدافعون اشارة الى معنى اخر وهو ان في كل مسئلة منها اجتمع نوعا الاستصحاب اما
في الاول فلان نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا فبالنظر الى ما كانت فيما مضى والاصل فيه
ان يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني ولو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان المستصحب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا
الثاني ليكون دافعا فكان القول قولهم واما في الثانية فلان نصرانيتها كانت ثابتة والاسلام حادث فالنظر الى النصرانية يقتضي بقاءها
الى بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضي ان يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم ان يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون
دافعا والورثة هم الدافعون فعضده ثم الاستدلال به وقوله ويشهد لهم دليل اخر وهو ان الاسلام حادث والحادث يضاف الى
اقرب الاوقات فان قيل ان كان الظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهرا فيبقى المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح
والاصل عدمه فالجواب انه معتبر في الدفع لا في الاثبات وزفر يعتبره للاثبات ونوقض بنقض اجمالي وهو ان ما ذكرتم على ان الاستصحاب
لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضي بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به للاثبات

الاجر والجواب انه استدلال به لدفع ما يدعي المستأجر على الاجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر واما ثبوت الاجر فانما هو بالعقد السابق
الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن عما في النهاية عن التطويل قال ـــــ ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف
وديعة رجل مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة فقال المودع لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره يقضي الحاكم عليه بدفعه الى
المقر له لانه اقر ان ما في يده حق الوارث وملكه خلافة ومن اقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا اقر انه حق المورث بخلاف ما اذا اقر لرجل انه
وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على مال الغير وللقائل ان يقول كان
الواجب في المسئلة الاولى ان لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين وغيره فان خلافة الوارث متأخرة
عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره يقينا وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر التيقن به فاذا امتنع في الوديعة
حتى هلكت هل يضمن اولا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع ومن المنع عنه
يضمن فكذا من وكيله فان سلمها هل له ان يستردها قيل لا يملك ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض
حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار منه على نفسه لان الديون تقضى بامثالها ولو اقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل اخر
بانه ايضا ابن الميت وانكره الاول وقال له ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن
المال فالاقرار الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول معروفا ولانه حين اقر للاول لم يكذبه احد فصح اقراره وحين اقر
للثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بان تكذيب غيره ينبغي ان لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما ادى للاول واجيب بالتزام ذلك
اذا دفع الكل بلا قضاء كالذي اقر بتسليم الوديعة من القاضي بعد ما اقر لغيره بن اقر له القاضي وقد تقدم في ادب القاضي واما اذا كان
الدفع بقضاء كان نظير الاقرار الثاني هكذا بشرعا فلا يلزمه الاقرار الثاني قال ـــــ واذا قسم الميراث بين الغرماء اي اذا حضر رجل وادعى دارا
في يد اخر انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما ان يقر به ذو اليد اولا فان كان الثاني واقام على ذلك بينة فلا يخلو على ثلاثة اوجه
احدها انهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا يقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم البينة على عدد الورثة لانهم
لما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني انهم شهدوا انه ابنه ووارثه لا يعرف له وارثا
غيره وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهذان بالاتفاق والثالث اذا شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة
ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث
غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالاخ والجد والاخ فانه لا
يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه اوفى النصيبين وهو النصف والربع عند محمد واقلهما وهو الربع والثمن عند
ابي يوسف وقول ابي حنيفة مضطرب وان كان ممن لا يحجب ودفع الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه قال ابو حنيفة لا يؤخذ
ويشير القائل به الى الظلم قيل اراد به ابن ابي ليلى وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة ولهما ان القاضي ناظر
للغائب والنظر بترك الاحتياط والاحتياط في اخذ الكفيل فيحتاط القاضي بدفعه باخذه كما اذا دفع القاضي العبد الابق واللقطة
الى رجل اثبت عنده انه صاحبه فانه يؤخذ منه كفيلا وكما لو اعطى نفقة امرأة الغائب اذا استنفقت في غيبته وله عند انسان مال وديعة
يقر بها المودع وبقيام النكاح فانه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن او ظاهرا ان كان له وارث
اخر في الواقع ولم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما يظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا او ظاهرا لا يؤخر
لموهوم كمن اثبت الشراء من ذي اليد او اثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى المدعي من غير كفيل وان
كان حضور مشتر اخر قبله وغريم اخر في حق العبد متوهما فلا يؤخر حق الحاضر بحق موهوم الى زمان الكفيل قوله ولان المكفول له دليل اخر على عدم
جواز اخذ الكفيل وذلك لما تقدم ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرماء فان قيل اذا
اقر به ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وفي ذلك كفالة المجهول اجيب بانه اذا اقر به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له حجة كاملة فكان
لظنه ان ثمة مالكا اخر له واولى ذلك بيت المال وهو معلوم فكان الكفيل له وقول التمرتاشي فيه خلاف فان ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل
لنفسه لانه ليس بخصم ولا للميت لان الكفالة ليتوثق المطالبة لهم وهي من الميت غير متصورة وعورض بان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع
على ما مر وفي ذلك تأخير حق ثابت قطعا او ظاهرا كما ذكر لحق موهوم فدل على ان التأخير جائز واجيب بان التلوم ليس للحق الموهوم انما هو
امر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره
في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشرط لان الشهادة على النفي باطلة بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم
من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك لا حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله بخلاف النفقة جواب عما استشهدا
به من المسائل اما مسئلة النفقة فلان الكفيل لحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم ايضا
فصحت الكفالة واما الابق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان قال في رواية لا احب ان يأخذ منه كفيلا وقال في رواية احب ان يأخذ منه كفيلا
قالوا في شرح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ابي حنيفة فلا يصح القياس وقال العتابي ان دفع العبد باقراره الى المدعي
واللقطة باختيار المدعي عن علامة فيه يتكفل بالاجماع قال المص لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمتنع قوله وقوله اي قول ابي حنيفة ظلم اي ميل
عن سواء السبيل انما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله وهذا اي اطلاق الظلم على المجتهد يكشف عن مذهب ابي حنيفة ان المجتهد يخطئ ويصيب

وبتقرير ان مذهب اصحابنا المتقدمين يوافق مذهب ابي حنيفه ان المجتهد يخطي ويصيب اهل الاعتزال في ان كل مجتهد يصيب وادعاءهم ان ذلك
مذهب ابي حنيفه واصحابه وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله سبحانه قال ـــ واذا كانت الدار في يد رجل اي دار في يد رجل اقام اخ بينة
ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغايب قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد ذي اليد ولا يوخذ من ذي اليد كفيلا وهذا
اي ترك النصف الاخر في يد من في يده عند ابي حنيفه واما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالا من في يده الدار ان كان جاحدا اخذ منه
النصف الاخر وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لان الجاحد خاين والخاين لا يترك مال الغير في يده والمقر امين فيجوز ان يترك المال بيده ولابي حنيفه
ان القضا وقع للميت مقصودا بعضهم يقضي ديونه وينفذ وصاياه ومن وقع له القضا يعتبر فيه المقضي بيده كونه مختارا له وهو ثابت فيما
نحن فيه فلا ينقض بيده بيد من هو غير مختار له وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يثبت
الخطا فاكتفي به كما اذا كان من بيده مقرا فانه لا يترك الباقي بيده لان ذلك قوله وجحوده جواب عما ذكراه ووجه انه لما جاز (?) الجحود الان لكونه عتيا (?)
والاول قد ارتفع بقضا القاضي فكذا الاخر وانه في ظاهر العدم لان الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك وكتب في الخريطة الا ان لا يجحد
في المستقبل لعلمه بعدم الفايدة لاحتمال موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة واحتراق الخريطة لعمور محتمله وكان الجحود محتملا لان ذلك نادر
والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول المسيلة بحالها فقد قيل ينزع من يده النصف الاخر بالاتفاق والفرق بينه وبين العقار ان المنقول
يحتاج فيه الي الحفظ وما يحتاج فيه الي الحفظ فالنزع ابلغ فيه اما انه يحتاج فيه الي الحفظ فلانه ليس بمحفوظ بنفسه لقبوله للانتقال من محل الي محل
واما ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ في الحفظ لانه لا يجحد من بيده ربما يتصرف فيه او لزعمه انه ملكه واذا نزعه القاضي ووضعه في يد امين
كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانه محصن بنفسه ولهذا يملك الوصي بيع المنقول علي الكبير الغايب دون العقار وكذا
وصي الام والاخ والعم علي الصغير وان خصيم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه ومن المشايخ من قال المنقول ايضا
علي الخلاف وقول ابي حنيفه اظهر بناء علي ما ذكرنا من حاجة الي الحفظ فان ترك في يده كان مضمونا عليه ولو اخذ منه لم يكن مضمونا علي الذي
وضعه القاضي في يده فكان الترك ابلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لا يجحد من بيده ربما يتصرف فيه او لزعمه انه ملكه ساقط
الوجه نظرا الي ما تقدم من علم القاضي وطايفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت مقتضي ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق وقوله
وانما لا يوخذ الكفيل راجع الي قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشا خصومة لان من بيده الباقي قد لا يسمح نفسه باعطايه
والقاضي يطالبه به فيثبت الخصومة والقاضي لم ينصب لاثباتها بل لقطعها فان قيل هب ان القاضي لا ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر
يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطايه قلت تحمل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشا خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها لا
فوضناه رافعا لشي كان منشا له هذا خلف باطل واذا حضر الغايب اختلف المشايخ في وجوب اعادة البينة علي انه قتل اباه عمدا ثم حضر الغايب
فانه يحتاج الي اعادتها ومنهم من قال هو اختيار المص قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يدعي
للميت مطلقا وعليه ان كان الكل بيده كما سيجي دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة
يصلح خليفة عنه في ذلك كالوكيلين بالخصومة اذا غاب احدهما كان للاخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعي رجل علي احدهم دينا علي الميت
واقام عليه البينة ثم ثبت في حق الكل وكذا اذا ادعي احدهم دينا للميت علي رجل واقام عليه البينة ثبت في حق الكل فان قيل لو صلح احدهم
للخلافة لكان كالميت وكان له جاز له استيفا الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوي نصيبه بالاجماع اجاب بقوله بخلاف الاستيفا بنفسه لانه عامل فيه
لنفسه فلا يصلح ان يكون نايبا عن غيره ولقايل ان يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونايبا عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه وجوابه ان السايل
قال لكن لا يدفع اليه سوي نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله فصار كما اذا قامت البينة بدين الميت اي بدين للميت او عليه
ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره تام وقوله الا انه استثنا من قوله لان احد الورثة ينتصب خصما الي اخره له وعليه
يعني انه لو ادعي احد علي احد الورثة دينا علي الميت يكون خصما عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع والا كان خصما عما في يده لانه
لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضا علي ما في يده قال ـــ ومن قال مالي في المساكين صدقة رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه
ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسوايم واموال التجارة بلغ النصاب او لا لان المعتبر هو جنس
مال الزكاة والقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين محيط بماله لزمه التصدق به فان قضي به دينه لزمه التصدق بقدره
عند تملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكاة والرقيق ودار
المنازل وثياب البذلة وغير ذلك وان اوصي بثلث ماله فهو علي كل شي والقياس في الاول ايضا ان يقع علي كل شي كما قال به زفر لان اسم المال
عام يتناول الجميع ووجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستبدا به لئلا ينزع الي الشركة وايجاب
الشرع في المال من الصدقات مضاف الي اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شي وهو معتبر
لانه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات اولانه في معني الصلاة لانه لانتظار اوقات الصلاة ولهذا اختص بمسجد جماعة
والمنتظر للصلاة كانه في الصلاة اما الوصية فهي اخت الميراث لانها خلافة كالوراثة من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت ولا يختص
الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية قوله ولان الظ دليل اخر يعني ان الظاهر من حال الناذر التزام التصدق من فاضل ماله
وهو مال الزكاة لان الحاجة مظنة الحاجة الي ما يقوم به حوايجه الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة اما الوصية فانها تقع في حالة الاستغنا
عن الاموال فينصرف الي الكل والارض العشرية تدخل في النذر عند ابي يوسف لانها سبب للصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة في العشر
فصارت

اذا حضر غيرهم من قال يدل ذلك علي قياس قول ابي حنيفه في القصاص اذا اقام احدهم البينة هو

كالعقار

فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال التي تجب فيها الصدقة ولا يدخل عند محمد وذكر الامام التمرتاشي قول ابي حنيفه
مع محمد لانه اي الارض العشرية يتعلق بها العشر لسبب المونة اذ جهة المونة راجحة عنده فصارت مثل عبد الخدمة واما الارض الخراجية فلا
يدخل في الاجماع لانه يتمحض مونة لانه مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنيا ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقيل يتناول كل مال زكاة او غيره
وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفه ذكرها في الامالي لان ما املكه اعم من مال لان الملك يطلق علي المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص
وملك المنفعه والمال لا يطلق علي ما ليس بمال واذا كان اعم ينصرف الي غير اموال الزكاة ايضا اظهارا للزيادة عمومه فان قيل الصدقة بالاموال
مقيدة في الشرع باموال الزكاة كما مر ردة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية اجاب بان المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال
فلا مخصص للفظة الملك فبقي علي العموم وفيه نظر لانه يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع والصحيح انهما اي لفظ مالي وما املكه سوا
فيما نحن فيه فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الايمة السرخسي لان الملتزم باللفظ الفاضل عن الحاجة قال في النهاية الا قوله علي
ما مر اشارة الي ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله وليس بواضح لانه ابطل ذلك الوجه بقوله والمقيد اي بالشرع
بلفظة المال ولعله اشارة الي قوله ولان الظ التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع اليه ثم اذا لم يكن له مال سواه اي غير ما دخل تحت
النذر يمسك منه قوته لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج ان يسال الناس من يومه وقبيح ان يتصدق بماله ويسال الناس من
يومه ثم اذا اصاب شيا تصدق بما امسكه ولم يبين محمد في المبسوط مقدار ما يمسكه لاختلاف احوال الناس فيه بكثرة العيال وقلته وقيل المحترف
يمسك قوت يومه لان بيده تتصل الي ما ينفق يوما فيوما وصاحب الغلة وهو صاحب الدور والحوانيت التي يوخذ الاجرة منها الاشهر لان بيده تتصل الي
ما ينفق شهرا فشهرا وصاحب الضياع لسنة لان يد الدهقان تتصل الي ما ينفق سنة فسنة وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله وفي
ايراد مسيلة النذر فيما نحن فيه من فصل القضا في المواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار المفرق بينها وبين الوصية التي هي اخت الميراث
قال ـــ ومن اوصي اليه ولم يعلم وجه ايراد مسيلة الوكالة في فصل القضا في المواريث ما ذكرنا انفا ومن اوصي اليه ولم يعلم بالوصاية حتي باع
شيا من التركة فهو وصي وبيعه جايز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتي باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف انه اعتبر الاول بالثاني لان كل الانابة اي
النيابة جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله فكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما
علي ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة لا انابة لانها مضافة الي زمان بطلان الانابة والخلافة لا يتوقف علي العلم في التصرف كما اذا تصرف
الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المنيب والانابة تتوقف علي العلم لانها لو توقفت عليه
لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقف فات لعجز الموصي فان قيل اذا قال الرجل اشتروا عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده
صح من غير توقف علي علمه واجيب بانه علي الروايتين ووجه الفرق علي رواية الجواز انه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة ثبت قصدا وهذا كما اذا
قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة
شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام فمن اعلمه من الناس بذلك سوا كان عدلا او علي اضداد ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا
الزام امر اي اطلاق محض لا يشتمل علي شي من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف واما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتي يشهد عنده
شاهدان او رجل عدل عند ابي حنيفه وقالا هو والاول سوا لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة والاذن للعبد
في التجارة ولابي حنيفه انه خبر ملزم اما انه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به العلم واما انه ملزم فلا يبقي جواز التصرف بعده
وما كان كذلك فيه معني الشهادة من وجه لانه بالنظر الي كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر الي ما فيه من الالزام
كان في معناها فيشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن في معناها اصلا فلم يشترط فيه شي من
ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضا شي من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الي الارسال اذ ربما لا يتفق لكل احد في كل وقت
بالغ عدل يرسله الي وكيله قوله وعلي هذا الخلاف يعني الذي ذكره ابو حنيفه وصاحبيه في اشتراط احد شطريها فيما فيه الزام للمسايل المذكورة
قال في النهاية انها ستة مسايل منها ما ذكرها محمد في المبسوط واثنتان ذكرهما في النوادر وامسه قاسها المشايخ عليها والمص ترك منها مسيلة
اما الاولي فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية علي ترتيب المبسوط العبد الماذون اذا اخبره واحد بالحجر من مولاه وهو عدل او
امانة ثبت الحجر صدق العبد او كذب وان كان فاسقا وكذبه العبد لم يثبت عندهما خلافا له وقيل يتعلق انفاذه لان حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسيلة
لم يذكرها المص ههنا والثالث العبد الجاني اذا اخبر المولي بجنايته اثنان او واحد عدل فتصرف فيه بعده بعتق او بيع كان اختيارا منه للفدا
وان اخبره فاسق وصدقه فكذلك والا فعلي الاختلاف عنده لا يكون اختيارا خلافا لهما واولي النوادر المسلم الذي لم يهاجر اذا اخبره اثنان او عدل
بما عليه من الفرايض لزمه وبتركها يجب القضا وان اخبره فاسق وكذبه فعلي الاختلاف وشمس الايمة السرخسي جعله رسول الله صلعم فالزمه ونانيها
الشفيع اذا اخبره اثنان او عدل بالبيع فسكت سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلي الاختلاف والسادسة اذا ابلغ البكر تزويج المولي
فسكتت فان اخبرها اثنان او عدل كان رضا بالخلاف وان اخبرها فاسق فعلي الاختلاف قال ـــ واذا باع القاضي او امينه عبد الغرما
اي اذا باع القاضي او امينه عبد ميت لاجل اصحاب الديون وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن العاقد وهو القاضي او
امينه لان امين القاضي قايم مقام القاضي والقاضي قايم مقام الامام والامام لا يضمن كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق
ويرجع المشتري علي الغرما لان البيع واقع لهم ولهذا اسباع بطلبهم ومن وقع له البيع يرجع اليه المشتري اذا تعذر الرجوع علي العاقد كما
اذا كان العاقد صبيا محجورا او عبدا محجورا عليه وههنا قد تعذر الرجوع علي العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري علي الغرما وان امر القاضي الوصي

ببيع العبد للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة فان اوصى اليه الميت فظاهر وان اقامه القاضي وكذلك لان القاضي انما اقامه ليبيع عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه فصار كما اذا باعه الميت بنفسه في حياته وفي ذلك كان يرجع المشتري عليه فههنا يرجع على من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه اي بأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال فعنه اختلاف قالوا يجوز ان يرجع به لكان ايضا لان هذا الضمان لحقه في امر الميت وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد نيابة عنه لانه قضى

قال جمع في هذا الفصل مسائل لكنها متفرقة بجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو ان قول القاضي بانفراده قبل العزل او بعده مقبول او لا قال واذا قال القاضي قد قضيت اي اذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله ما لم تعاين الشهادة بحضرتك وهو رواية ابن سماعة عنه لان قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وفي بعضها ان لا يقبل كتابه ايضا الا انهم تركوه لاجل الحاجة اليه وجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عما يملك انشاءه لان المولى يتمكن من انشاء القاضي للقضاء ومن تمكن من الانشاء اخبر لم يتهم في خبره وفيه بحث وهو انه يتمكن من ذلك بحجة او بدونها والثاني ممنوع والاول يحتاج الى عين ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي من اولي الامر وطاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا هذا اذا كان القاضي عدلا فقيها وعلى هذا بأن الاقسام العقلية كما قال الامام ابو منصور ان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطا لعلمه والخيانة لعدالته وهذا القسم لا يحتاج اي الاستفسار بالاتفاق وان كان عدلا جاهلا استفسر عن القضاء به لنفي تهمة الخطاء فان احسن تفسير القضاء بان فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل ان يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وانه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا او الشبهة غير دارئة وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء في الجهل والخيانة في الفسق قال واذا عزل القاضي فقال الرجل اي فرغ من بيان ما يخبر به القاضي من قضايه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله فاذا اخبر القاضي المقضي عليه بعد العزل بما قضى واسنده اي حال ولايته فلا يخلو اما ان يصدقه فيما قال فلا كلام فيه او ان يكذبه في حقيقته وصدقه في كونه في زمن الولاية او يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك على الصحيح فعلى هذا اذا قال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذا اذا قال قضيت بقطع يدك في حق فقال الماخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلما فالقول قول القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصديق ولا يمين على القاضي لان اي لانه عليه يفضي الى تعطيل امور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصورة لو اقر القاطع او الاخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وامره بالشيء صحيح كما اذا كان امره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال الماخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول ايضا للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله الى حالة منافية للضمان لما مر ان حالة القضاء منافية للضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار الاسناد كما اسند من عهد منه الجنون اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق للاضافة الى حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قاله شمس الائمة السرخسي كان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على ان المنازعة اذا وقعت في الماضي تحكم الحال وفي هذه الحالة فعله موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه واما في الاولى فقد تصادقا انه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الاصل ان يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق لانه لا ضمان على القاطع في الصورة الثانية اسند الفعل الى حالة منافية للضمان فكان الواجب ان لا يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي ايضا وذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال بيد الاخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي اخذ منه المال سواء صدقه الماخوذ منه المال في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضاء لان الاخذ اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد

كتاب الشهادات

اي هذا الكتاب عقيب كتاب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة انها تحقق العمل بالمامور به قال الله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا بد من حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالاخبار كالجنس يشمل الاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم ولفظ الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها معاينة ما يتحملها له او مشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب ادائها اما طلب المدعي منه الشهادة او خوف فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة لترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة قال الشهادة فرض يلزم الشهود ادا الشهادة فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانه اكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تاكده وشرط مطالبة المدعي تحقيقا لسبب الاداء على ما مر واستدل بقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا اي ليقيموا الشهادة او ليتحملوا وسموا شهداء باعتبار ما يؤول اليه وهذا نظير ما يدل على النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه وهو بظاهره يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن احد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الاخر ليلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان الاكتمان ثابتا وهو يستلزم الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء وما لم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء واجبا قال في النهاية النهي عن الشيء لا يكون امرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد واما اذا كان له ضد واحد كالنهي عن الكتمان على ما في الامر بضده ولكن بالصحيح من المذهب كما عرف في اصول الفقه وانما شرط طلب المدعي لانه حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ونوقض بما اذا علم الشاهد ولم يعلم به المدعي ويعلم الشاهد انه ان لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة والجواب انه لحق بالطلب دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احيا الحق وهو فيما ذكرتم موجود وكان في معناه فالحق به لا يقال العقد انما ان طلب المدعي سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المص بقوله وانما شرط طلب المدعي فانه يدل على ان طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما شرط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي فالطلب سبب ووجوده شرط فلا تناقض فان قلت تجعله شرطا وقوله تعالى ولا ياب الشهداء او ولا تكتموا الشهادة سبب قلت نعم لانه خطاب وضعي يدل على سببه غيره كقوله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس قال والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار الشاهد في الحدود مخير بين ان يستر وان يظهر لانه بين ان يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد وبين ان يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله والستر افضل نقلا وعقلا اما الاول فقوله صلعم للذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمي لو سترته بثوبك وفي رواية بردائك لكان خيرا لك وقوله صلعم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وما نقل من تلقين الدرء عن النبي صلعم واصحابه رضي الله عنهم فان فيها دلالة ظاهرة على افضلية الستر قبل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب واطلاقه نسخ للاطلاق وهو لا يجوز بخبر الواحد واجيب بان الاية محمولة على المداينة لنزولها فيها ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والجواب ان القدر المشترك في نقل عن النبي صلعم واصحابه في الستر والدرء متواتر في المعنى فجازت الزيادة به وقيل ان الخبر الاول ورد في ماعز وحكايته مشهورة يجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الواحد فيها بالستر واما الثاني فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج الى المال والله غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوات الحق فتعين صيانة عرض اخيه المسلم ولا شك في فضل ذلك وقوله الا انه يجب ان يشهد استثناء من قوله يخير وهو منقطع لان الشهادة بالمال ليس بداخل في الشهادة في الحدود وانما يجب ذلك لان فيها احياء حق المسروق منه فيقول اخذ ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه بين امرين لا يجتمعان القطع والضمان واحدهما حق الله والاخر حق العبد والستر الكلي ابطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الله الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة قال الشهادة على مراتب اي الشهادة على مراتب رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة منها الشهادة بالزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وبقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء ولفظ اربعة نص في العدد والذكورة اما الاسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها واما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره فلما فيه ان الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ولا تقبل شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني والخليفتين ابا بكر وعمر رضي الله عنهما من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وتخصيصهما بالذكر لما ورد في حقهما من قوله صلعم اقتدوا باللذين من بعدي ابو بكر وعمر ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال في غير الحدود وقال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان على سياق قوله تعالى فان لم تجدوا فصيام ثلاثة ايام وانما قال شبهة البدلية لان حقيقتها ان يكون فيما امتنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كالاية الثانية وليس شهادتهن كذلك فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود كحد الشرب والسرقة وحد القذف والقصاص فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فانه بعمومه يتناول المطالب وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ على ان باب الزنا خرج لما قلنا فبقي الباقي على تناوله قوله ولا يقبل فيها شهادة النساء يجوز ان يكون جوابا عما يقال فالاية هذه عقيب بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان وليست شهادتهن فيها مقبولة ووجهه ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ولئن اوجب فعدم قبولها لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن فان قلت ما سلكه الحديث من الاية ههنا تخصيص ام لا قلت مسلكه فيها مسلك اية شهادة الزنا من عنده وانما التخصيص ان ثبت المعارضة او النفي وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يدل على تلقيه الصدر الاول بالقبول فكان مشهورا يجوز الزيادة به قال وما سوى ذلك من الحقوق اي وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق مالا كان او غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية اي الوصاية لانه في تعداد غير المال ونحو ذلك يعني العتاق يقبل فيها شهادة رجل او رجل وامراتين لما قلنا وقال الشافعي لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار واحتج بان الاصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فلانها لا تصلح للامارة ولهذا اي ولان الاصل عدم

ادب ص

ل

المنقول لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع ممن يوجد عن الا انه مستثنا من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احيا حقوق العباد لكثرة وقوعها
ودونه خطرها فلا يلحق بها ما هو اعظم خطرا واقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل
والعفو عن القصاص ولنا ان الاصل فيه القبول لوجود ما ينبني عليه اهلية الشهادة وهي المشاهدة التي تحصل بالعلم والضبط الذي
يبقى به العلم الى وقت الادا والادا الذي يحصل به العلم للقاضي ولهذا اي ولكونها القبول اصلا فيها قبل اخبارها في الاخبار ولقائل ان
يقول ما ذكرتم مما ينبني عليه اهلية الشهادة اما ان يكون علة لها او شرطا لا سبيل الى الاول لان اهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة
والضبط والادا ليس علة لذلك لا جميعا ولا فرادى والثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك على انه لا يلزم من وجوده وجود المشروط والجواب
ان اهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بجموع ما ذكرتم من الحرية والاسلام والبلوغ واما المشاهدة والضبط والادا فليست بعلة لها وانما
هي علة لاهلية قبولها فان لو فرضنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة ايضا وفاته احد الامور المذكورة المشاهدة
او الضبط او الادا اذا ادى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته ولذا كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا
يقدر في كلام المص مضاف اي اهلية قبول الشهادة قوله ونقصان الضبط جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط وتوجيهه ان يقال
ان ذلك بعد التسليم انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندري بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق
المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها اما النكاح والطلاق فظ لثبوتها مع الهزل واما الوكالة والايصا والاموال فانه يجري فيها كتاب
القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك امارة ثبوتها مع الشبهة فكذلك تثبت بشهادة النسا مع الرجال ولم يذكر الجواب عن
قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك ان للنفس الانسانية
اربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع افراد الانسان في مبدا فطرتهم والثانية ان تحصل اليه البديهيات
باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيا لاكتساب الفكريات بالفكر ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان تحصل النظريات
المفروغ عنها متى شا من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو ان يستحضرها وتلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد
وليس فيما هو مناط التكليف منها وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات واستعمال الحواس في الجزئيات
وبالتنبيه ان شيت فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله صلعم ناقصات عقل المراد
بالعقل العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني ايضا فتامل قوله وعدم الاربع جواب عن قوله ولا يقبل
شهادة الاربع ووجهه ان القياس يقتضي قبول ذلك ايضا لكنه ترك ذلك بكثرة وجهين قال ــــــ وتقبل في الولادة والبكارة اختص
قبول شهادة امراة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنسا في موضع لا يطلع عليه الرجال لا يقبل في غيرها فهو قصر افراد في الموصوف
على الصفة لا عكسه كما لهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيها لقوله صلعم شهادة النسا جائزة فيما لا يطلع الرجال النظر اليه وجه
الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمه معهود ينصرف الى الجنس فيتناول الواحدة مطلقا على ما عرف في موضعه وهو حجة
على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع على ان كل امراتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادات قوله ولانه دليل معقول الناو وجهه ان الذكورة
سقطت بالاتفاق ليحف النظر لان النظر الجنس احق وفي اسقاط العدد وتحقيق النظر فيصار اليه الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى
الالزام واعترض بان هذا الدليل نوع مناقضة لانه لو كان جواز الاكتفا بنظر الواحدة لخفة نظرها لكان نظر الاثنين والثلاث احوط
من نظر الواحدة والجواب ان ثبات خفة النظر يوجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالزام يقتضي وجوبه فعلنا بهما وقلنا بعدم
الوجوب والجواز احتياطا ثم حكمها اي حكم شهادة امراة واحدة في الولادة شرحناه في الطلاق يعني في باب ثبوت النسب حيث قال
ولذا تزوج الرجل امراة فجات بولد لستة اشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امراة واحدة ولان قال لامراته اذا
ولدت فانت طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة وقالا تطلق ولان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة
عند ابي حنيفة يعني تثبت الولادة بقول امراته وعندهما يشترط شهادة القابلة واما حكم البكارة فانها سوا كانت مميزة او مبيعة لا بد
من نظر النسا اليها للحاجة الى فصل الخصومة بينهما فاذا نظرت اليها وشهدت فاما ان يتايد بشهادتهن مويد اولا فان كان الاول كانت شهادتهن
حجة وان كان الثاني لا بد ان ينضم اليها ما يويدها فعلى هذا اذا شهدن بانها بكر فان كانت مميزة تؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لان شهادتهن
تايدت بالاصل وهو البكارة وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البايع بذلك ومقتضى البيع وهو اللزوم وان قلن انها ثيب يحلف
البايع لينضم نكوله الى قولهن لان الفسخ قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد بمويد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر
وقبله بالله لقد بعتها وهي بكر فان حلف لزم المشتري وان نكل يرد عليه فان قيل شهادة النسا حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن
والتحليف ترك العمل بالحديث اجاب بان العيب يثبت بقولهن يعني في حق سماع الدعوى والتحليف فان المشتري لو ادعى عيبا في المبيع
لا بد له من اثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية التحليف والا كان القول للبايع لتمسكه بالاصل فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب في الوقت
الذي كانت في يده واما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عند ابي حنيفة غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة
وهو مما يطلع عليه الرجال فلا يكون شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلاة مقبولة لانه من امور الدين وشهادتهن فيه حجة كشهادتها على هلال
رمضان وعندهما في حق الارث ايضا مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة والجواب
ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال
فيه

فيه النسا قال ــــــ ولا بد في ذلك كله من العدالة اي لا بد في المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون حسنات الرجل اكثر من
سيئاته وهذا يتناول الاجتناب عن الكباير وترك الاصرار على الصغاير ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد عند الشهادة اعلم واتيقن
لم تقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت اما اشتراط العدالة فمعقول معا ومن ترضون من الشهدا او الفاسق لا يكون مرضيا وبقوله
تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة هي المعينة للصدق في علة الحجية وما سواها معدان لان
من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه ايضا وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها اي ذا قدر وشرف في الناس
ذا مروة اي انسانية والهمزة وتشديد الواو فيها لغتان تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمنع عن ذلك لمروته الاول يعني عدم قبول
شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذا مروة كان او لا اصح لان قبولها اكرام للفاسق ونحن امرنا بخلاف ذلك قال صلعم اذا لقيت الفاسق فالقه
بوجه مكفهر والمعلن بالفسق لا مروة له لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت
باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة قال الله تعالى واقيموا الشهادة واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين وقال صلعم اذا
علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان في لفظة الشهادة زيادة توكيد لدلالتها على المشاهدة ولان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع
عن الكذب بهذا اللفظ اشد وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه للتعظيم فيجوز تبديله بما هو اصح فيه وقوله في ذلك
يريد به ما وقع في المختصر وقوله ولا بد في ذلك اي في جميع ما تقدم حتى شرط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النسا في الولادة وغيرها
هو الصحيح لانها شهادة لما تقدم ان فيه معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضا واشترط فيه الحرية والاسلام وقوله هو الصحيح احتراز عن
قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة فاذا اقام المدعي الشهود فلا يخلو اما ان يطعن الخصم او لا فان كان الثاني قال
ابو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسال عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم
على بعض الا محدودا في قذف روي مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر
يكفي للدفع لا للاستحقاق وهنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به فاقامة البينة فالجواب ما اشرنا اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع وبيانه
انه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج الى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بالظاهر لان الظاهر ان قول المزكي صدق فالكلام فيه كالاول
وهلم جرا او يدور او يتسلسل ويجوز ان يقال الظاهر هنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق وبيان ذلك انما دعوى المدعي وانكار الخصم تعارضا
وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة وليس فكان دافعا وقوله الا في الحدود والقصاص استثنا
من قوله ولا يسال حتى يطعن الخصم الا في الحدود والقصاص فانه يسال عن الشهود لانه يحتال للاسقاط فيشترط الاستقصا فيها ولان الشبهة
فيها دارية فيسال عنهم عسى يطلع على ما يسقط به ذلك وان كان الاول سال عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال
الخصم اذ الطعن فيهم فان الظاهر ان المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي الى الترجيح وقال ابو يوسف ومحمد لا
بد ان يسال عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق لان مبنى القضا على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من التعريف عن العدالة وفي السوال
صون القضا عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا وقيل هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة اجاب
في زمانه وكان الغالب منهم عدولا وهما اجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك ابو حنيفة لقال بقولهما ولهذا
قال والفتوى على قولهما في هذا الزمان قال ــــــ ثم التزكية في السر اعلم ان التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالاولى
ان يبعث الحاكم المستورة وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد امينه الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام الى المعدل
مكتوبا فيها النسب والحلي بكسر الحا وضمها جمع حليه الانسان صفته وما يرى منه من لونه وغيره والمصلي اي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل
وينبغي ان يبعث الى من كان عدلا ذكيا لا اعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا يكونن طماعا ولا فقيرا
يتوهم خداعه بالمال فقيها يعرف اسباب الجرح والتعديل من جيرانه واهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل
جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيا احترازا عن الهتك او يقول الله اعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي
بشهادته فيصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة ولا فسق يكتب تحت اسمه انه مستور العدالة ويرد المعدل الى الحاكم وينبغي ان يكون كل
ذلك سرا كيلا يظهر فيخدع او يقصد بالخداع والثانية ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته مشيرا الى الشاهد
لينتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسب وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم
لان القوم كانوا صلحا والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى وقد وقع الاكتفا بالسر في زماننا لان العلانية
بلا وفتنة لمقابلتهم الجارح بالاذى روي عن محمد انه قال تزكية العلانية بلا وفتنة قيل لا بد للمعدل ان يقول هو عدل جائز الشهادة لان العبد
قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار قال المص وهذا اصح لان في زماننا كل من نشا في دار الاسلام كان الظاهر من حاله
الحرية وهذا لا يسال القاضي عن اسلامه وحريته وانما يسال عن عدالته قال ابو حنيفة على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على قول من يقول
بالسوال اذا اسال لم تقبل قول المدعى عليه هم عدول الا انهم اخطاوا او نسوا وتقبل اذا قال صدقوا وهم عدول صدقه لانه اعترف بالحق
وعن ابي يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية اخر الى تزكيته لان العدد شرط عنده هذا اذا كان عدلا يصلح مزكيا فان كان
فاسقا او مستورا او سكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعليل لان العدالة شرط في المزكي
عند الكل ووجه ظاهر الرواية ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره ومبطل في اصراره فلا يصلح معدلا لاشتراط العدالة فيه

٧ التقدم

بالاتفاق ولقايل ان يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لان العداله ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب ان المدعى قال
موضوع المسيله اذا قال هم عدول الا انهم اخطاوا او نسوا ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في
الاقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة والجواب انه لا اقرار فيه بالنسبة الى ما عليه لانه نسب في ذلك الى الخطا والنسيان فاني يكون اقرارا قال
واذا كان رسول القاضي اي اذا كان رسول القاضي الذي يسال عن الشهود بلفظ المبني للمفعول واحدا جاز والاثنان افضل عند ابي حنيفه
وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان ذكر في شرح الجامع الصغير ان المراد بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول
وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد ان التزكيه في معنى الشهادة لان ولاية القضا
تبتني على العداله والعداله بالتزكيه فولايه القاضي تبتني على ظهور التزكيه واذا كانت في معناها يشترط فيها ما يشترط فيها من العدد وغيره كما
اشترط العداله واشترط الذكوره فيه في الحدود والاربعه في تزكيه شهود الزنا ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة
ومجلس القضا فلا يشترط فيه ما اشترط فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة امر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس لان القياس
لا يقتضي ذلك لنفي احتمال الكذب فيه لان انقطاعه انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعداله لا العدد كما في رواية الاخبار فلم تثبت
بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الداله على العدد فلا يتعداها الى التزكيه فان قيل فليلحق بها دلالة وموافقة
القياس ليست بشرط فيها فالجواب انما الحق لو كان في معناها من كل وجه وليس كذلك لا تفاق فتعذر الالحاق والتعديه جميعا قال
ولا تشترط اهليه الشهادة اي تزكيه السر لا تشترط في المزكي فيها اهليه الشهادة فصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه
فاما في تزكيه العلانيه فهو شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف وفيه بحث لان اشتراط العدد في تزكيه العلانيه ينافي عدم
اشتراطه لكونه في تزكيه السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانيه والجواب ان الخصاف شرط ان يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانيه
فيجوز ان يكون العدد شرطا في احدهما دون الاخر واليه اشار بقوله على ما قاله الخصاف قال في الخلاصه شرط الخصاف ان يكون المزكي
في العلانيه غير المزكي في السر اما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانيه فصل لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان
انواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين احدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب والقتل
وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم او راى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له الادا
ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثه بما يوجبه وكل من علم ذلك جاز له الادا لوجود ما هو الركن في جواز الادا قال الله
تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قيل جعل العلم بالموجب ركنا في الادا اي العلم للتفعيلين
جميعا فالتحديد لان على شرطيته لا على ركنيته اذ الاحوال شروط واذا موضوعه للشرط واجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة
الى شدة احتياج الادا اليه قال ويقول اشهد انه باع اي اذا سمع البايع ولم يشهد عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد اشهد انه
باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء الحجاب يحجب عن رويته لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي بان قال اشهد بالسماع من وراء
الحجاب لا يقبله لان النغمه وهو الكلام الخفي تشبه النغمه والمشتبه لا يفيد العلم فانتفى المطلق للادا وقوله الا اذا كان استثنا من قوله لا يجوز له ان يشهد
الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت باب مسلك غيره فسمع اقرار الرجل والمراه مشهد عنده اثنان بانها
فلانه بنت فلان فانه جاز له ان يشهد وكذا اذا راه يخص المقر حال الاقرار في الحجاب وليست رويه الوجه شرطا ذكره في الذخيره لانه حصل العلم
في هذه الصورة قال ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فانها
لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد فاذا سمع شاهدا يشهد بشي لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان اشهده على شهادته لان الشهادة اي شهادة الاصول موجبه
بالنقل الى مجلس القضا ولا يكون النقل الا بالانابه والتحمل والاول اشارة الى مذهب محمد فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل والثاني
اشارة الى مذهب ابي حنيفه وابي يوسف فانهما لم يجعلاه بطريق التوكيل ولا توكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام اما على قول ابي
حنيفه وابي يوسف كان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم ان يصح بعيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليس بحجة فيجب النقل الى مجلس
القاضي ليصير حجة فتبين ان التحمل حصل بما هو حجة فيما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالبه لانا سلمنا ان النقل لا بد منه لكن توقفه
على التحمل محتاج الى بيانه فلو سلكنا فيه ان يقول الشهادة على الشهادة تحميل لا نعني بها الا ذلك ولا تحميل فيما لا شهد ثم البيان وعلى هذا اذا
سمع الشاهد شهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد اذا راى
خطه في صك ولم يتذكر الحادثه لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم قيل هذا على قول ابي حنيفه بنا على انه لا يعمل
بالخط من شرط الحفظ ولهذا قلت روايته لاشتراطه في الروايه الحفظ من وقت السماع الى وقت الادا وعندهما يحل له ذلك في حفظه وقيل هذا اي عدم
حل الشهادة بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود في ديوانه او قضيته في قمطره اي خريطة وجا المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظ
الحاكم او قضيته اي وجد حكمه مكتوبا في خريطته كذلك فان ابا حنيفه لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن ان
يحفظ كل حادثه ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتابه فاذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فاذا كان في قمطره تحت ختمه
قالوا انه لم يصل اليه يد معيره والقاضي مامور باتباع الظاهر ولذلك الحكم بالشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف اذا ذكر المجلس
الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت فانه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل عند ابي حنيفه خلافا لهما
قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشي لم يعاينه قد تقدم ان العلم شرط ادا الشهادة فلا يجوز ان يشهد بشي لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح
والدخول

والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشيا اذا اخبره بها من يثق بقوله وهو استحسان والقياس ان لا يجوز والشهادة مشتقة من
المشاهدة بالاشتقاق الكبير وقد تقدم مفصلا في اول الكتاب وذلك بالعلم اي بالمشاهدة وكان من باب القلب لان العلم يكون بالمشاهدة
ويجوز ان يكون معناه المشاهدة بكونه سببا من اسباب العلم ولم يحصل فصار كالبيع فانه لا يجوز للشاهد ان يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة
ووجه الاستحسان ان هذه الامور تختص لو لم تقبل فيها الشهادة بالسماع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها امور تختص بمعاينة اسبابها خواص
الناس لا يطلع عليها الا هم وتتعلق بها احكام تبقى على انقضا القرون كالارث في النسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضا القاضي وكمال المهر
والعدة وثبوت الاحصان والنسب في الدخول فلو لم تقبل فيها بالتسامع ادى الى ذلك وهو باطل بخلاف البيع لانه مما يسمعه كل احد فان قيل هذا
الاستحسان مخالف للكتاب لان العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما نحن فيه اجاب بقوله وانما يجوز للشاهد يعني لا نسلم ان لا علم فيما نحن فيه
فانه انما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب وبين العدد فيما يثق به بشرط وهو
ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامراتان ليحصل به نوع علم وهذا على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفه فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع
ذلك من العامه بحيث يقع على قلبه صدق الخبر والغالب ثبت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط ان يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لانها
توجب زيادة علم شرعا لا بوجه لفظة الخبر وقيل يكتفي في الموت باخبار واحد او واحدة فرقا بين الموت والاشيا الثلاثة اي النكاح
والولادة وتقليد الامام لان الغالب فيها انما يكون بمن جماعه اما النكاح فلانه لا ينعقد الا بشهادة اثنين والولادة فانها يكون بين الجماعه
في الغالب وكذلك تقليد الامام والقضا واما الموت فانه قل ما يشاهده غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض
الحرج بخلاف النسب والنكاح وقوله وينبغي ان يطلق ادا الشهادة بيان لكيفية الادا وينبغي ان يطلق ذلك فيقول في النسب اشهد ان فلانا ابن
فلان كما نشهد ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما ابن ابي قحافه والخطاب ولم نشهد شيا من ذلك فاما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم يقبل كما ان معاينة
اليد في الاملاك يطلق الشهادة ولو فسر بانه انما يشهد لانه راه في يده لا يقبل كذلك هذا ولو راى انسانا جلس مجلس القضا يدخل عليه الخصوم
حل له ان يشهد بكونه قاضيا وان لم يعاين تقليد الامام اياه واذا راى رجلا وامراة يسكنان بيتا وينبسط كل منهما الى الاخر انبساط الازواج
جاز له ان يشهد بانها امراته فان ساله القاضي هل كنت حاضرا فقال لا تقبل شهادته لانه يحل له ان يشهد بالتسامع كما يشهد بامهات المومنين ازواج
النبي صلى الله عليه وسلم فعلى الروايه اولى وقيل لا يقبل لانه لما قال لم اعاين العقد تبين للقاضي انه يشهد بالتسامع ولو قال اشهد لاني سمعت لا يقبل
فكذا هذا او شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسره للقاضي لانه لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قال اشهد ان
فلانا مات اخبرني بذلك من اثق به جازت شهادته وهو الاصح واما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكر الخصاف انه لا يجوز لانه امر
يتعلق به احكام مشهورة كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل وقوله ثم قصر الاستثنا في الكتاب بيان الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما
ذكر في الكتاب اولا ففي ظاهر الروايه محصورة وعن ابي يوسف ايضا انه يجوز في الولا لانه بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والشهادة
على النسب بالتسامع جايزة فكذا على الولا ومن الاثر انا نشهد ان قنبر مولى علي وعكرمه مولى ابن عباس رضي الله عنهم وان لم يدرك ذلك وعن محمد
انها تقبل في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار والجواب عن قول ابي يوسف ان الولا يبتني على ملك اليمين فلا بد فيه من المعاينه لانه يحصل بكلام يسمعه
الناس وليس كالولاده فلا حاجة فيه الى اقامة التسامع مقام البينه قال شمس الايمه السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالاجماع واما
الوقف فذهب بعض المشايخ الى انها لا تحل فيه بالتسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل في اصله وهو اختيار شمس الايمه السرخسي
دون شرايطه لان اصله هو الذي يشتهر ولا بد من بيان الجهه بان يشهد ان هذا وقف على هذا المسجد او المقبره او ما اشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في
شهادتهم لا تقبل كذا في الذخيره قال ومن كان في يده شي رجل راى عينا في يد اخر ثم راها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه ان يشهد
بانه للمدعي لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عاين البيع او غيره من الاسباب لا يعلم
ملك المشتري الا بملك البايع وملك البايع لا يعلم الا باليد واقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة الممنوع بالاجماع فانه
اذا لم يجز بحكم اليد انسد بابها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة العلم بالبصر وعند تعذره ذكر
يصار الى ما يشهد به القلب قالوا ويحتمل ان يكون هذا اي ما ذكر من الشهادة القلب تفسيرا لاطلاق محمد في الروايه وهو قوله وسعه ان يشهد
انه له يعني اذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذلك كافيا لقبلها القاضي اذا قيد الشاهد باستفادة العلم به من معاينة اليد وليس كذلك
واجيب بانا جعلنا العيان مجوزا للشاهد ان يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يلزمه ولهذا قلنا
ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها واراد ذو اليد ان ياخذها بالشفعه فالقاضي لا يقضي له عند
انكار المشتري ان يكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سببا للوجوب وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا
وهو الخصاف لان اليد متنوعه اي انابه وملكه فلا يفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها والجواب ان التصرف كذلك وضم المحتمل الى المحتمل
يزيد الاحتمال فينتفي العلم ثم هذه المسيله على وجوه اربعه بالقسمة العقليه لانه اما ان عاين المالك والملك او لم يعاينهما او عاين الملك دون المالك
او بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرفه بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه وراه في يده ووقع في قلبه انه له حل
له ان يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس ان لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف
في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس
ان لا تحل له الشهادة لان الشهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له وفي الاستحسان

بخلاف الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم الا ترى ان صاحب الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج
كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال وهي طله
واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصدا وهو مقبول منه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت
المال والاعيان للتضمن وان كان الرابع وهو كالثاني لجهلها له المشهود به قوله واما العبد والامة مردود الى قوله سوى العبد والامة وتقريره ان الرجل
اذا راى عبدا او امة في يد شخص فلا يخلو اما ان يعرف رقهما او لا فان كان الاول حل له ان يشهد انهما ملكه من هما في يده لان الرقيق لا يكون في
يد نفسه وان كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقلا غير بالغ كان او بالغا فذلك مصرف الاستثناء بقوله سوى العبد والامة فان اليد في ذلك
لا تدل على الملك لانهما في ايدي انفسهما وذلك يدفع يد الغير عنهما حكما حتى ان الصبي الذي يعقل ان اقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع
به المقر له ما يصنع بمملوكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كان للتعبير عما في انفسهما لاعتبر دعوة الحرية منهما بعد الكبر لا يد من يدعي
رقهما واجيب بانه انما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للولي في الصغر وان المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن ابي حنيفة انه قال
يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والذي روي عن ابي يوسف ومحمد فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكل الا ترى ان من ادعى عبدا او امة
في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول للذي اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده كما في الثياب والدواب والفرق ما بينا وهو قوله لان لهما
يدا على انفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما بخلاف الثياب

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع فيه شرع في بيان من تسمع منه ومن لا تسمع منه وقدم ذلك على هذا لانه محل الشهادة والمحال شروط
والشروط مقدمة على المشروط واصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم ولانها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجته تترجح
جانب الصدق منه وبالتهمة لا يترجح وهي قد يكون لمعنى في الشاهد كالفسق لان من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد
لا ينزجر عنه ايضا فكان متهما بالكذب وقد يكون لمعنى في المشهود له من قرابة بينهم بايثار المشهود له على المشهود عليه كالولادة وقد تكون
لخلل في اداة التمييز كالعمى المفضي الى تهمة الغلط فيها وقد يكون بالعجز عما جعله الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى فان لم يأتوا
بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون قال ولا تقبل شهادة الاعمى شهادة الاعمى اما ان تكون في الحدود والقصاص او لا فان
كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان الثاني فان كان مما يجري فيه التسامع كالنسب والموت او لا فان كان الاول فتثبت عند زفر وهو رواية
ابن شجاع عن ابي حنيفة وان كان الثاني بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند ابي يوسف والشافعي وان انتفى احدهما لم تقبل بالاتفاق
فالمعتبر عند ابي يوسف الابصار عند التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء اما عدم القبول في الحدود والقصاص
فلانها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى يقوم مقام المعاينة والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير واما وجه قول زفر فهو ان
الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب ان من لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع لا يقبل فيما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون وسيأتي
جواب اخر واما وجه قول ابي يوسف والشافعي فهو ان العلم بالمعاينة حصل عند التحمل وقد حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء
انما يكون بالقول ولا خلل في القول لانه غير مادف فكان المقتضي لصحة التحمل والاداء موجودا والمانع وهو عدم التعريف منتف لان التعريف
يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت اذا شهدا على الميت بان لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكر نسبته والجواب
لابي حنيفة ومحمد انا لا نسلم ان القول ليفيد بتحصيل الاداء او معتبرا الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيها اي الصوت شبهة
يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان في الشهود البصراء فيهم غنية عن شهادة الاعمى والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب
لاجل كتاب القاضي الى القاضي فانها تقبل ولا اشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى ففي قوله يمكن التحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان
الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لان المدعي ان استكثر من الشهود احتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه او غيبته
والى الجواب عما يقال قد اعتبر تمام النغمة مدركة للاعمى فيما هو اعظم خطرا من الاموال وهو وطء زوجته وجاريته فانه لا يميز بينهما عن غيرهما الا بالنغمة وذلك ساقط
وتعقيب ذلك ان الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورة بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة
لتعريف الغائب دون الحاضر وفيه اشارة ايضا الى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص في كون النسبة غير معتدة للتعريف واما وجه ابي
حنيفة ومحمد لمنع القضاء بالعمى الطاري بعد الاداء فهو ان شرط القضاء قيام اهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام لها بالعمى
فصار كما اذا خرس او جن او فسق فانهم اجمعوا على ان الشاهد اذا خرس او جن او ارتد بعد الاداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته والامر الكلي في ذلك
ان ما يمنع الاداء يمنع القضاء لان المقصود من الاداء القضاء وهذه الاشياء تمنع الاداء بالاجماع فيمنع القضاء والعمى بعد التحمل يمنع الاداء عندهما فيمنع القضاء
وعند ابي يوسف لا يمنع الاداء فلا يمنع القضاء قوله بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا جواب عما يقال لا نسلم ان قيام الاهلية وقت القضاء شرط فان الشاهد
اذا مات او غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء ولا اهلية عنده ووجه ذلك ان الاهلية بالموت انتهت والشيء يتقرر بانتهائه وبالغيبة ما بطل قال
ولا المملوك اي لا تقبل شهادة المملوك لان الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فاولى ان لا تكون له ولاية متعدية ولا المحدود في قذف وان
تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم وجه الاستدلال ان الله تعالى نص على الابد وهو ما لا نهاية له والتنصيص عليه ينافي التوقيت
في وقت ما وان قوله لهم المحدودين في القذف وبالتوبة لم تخرج عن كونه محدودا في قذف ولانه يعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا
عن القذف كالجلد والحد وهو الاصل بقي بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتبارا له بالاصل قوله بخلاف المحدود في غير القذف
جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى واولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف

ووجه

ووجه ذلك ان رد الشهادة ان كان للفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود في غير القذف واما اذا لم يكن كذلك كالمحدود في القذف
فانه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق اذ الحكم الثابت له التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا الا النهي عن القبول وقال الشافعي
تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب والاستثناء ينصرف الى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا الا الذين
تابوا والجواب انه ينصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون وهو ليس بمعطوف على ما قبله لان ما قبله طلبي وهو اخباري فان قلت
فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله تعالى وبالوالدين احسانا قلت يأباه ضمير الفصل فانه يفيد حصر احد المسندين في الآخر وهو يؤكد الا
خبارية سلمناه لكنه يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل سلمناه لكنه كان اذا ذكر جزاء فلا يرتفع بالتوبة
كاصل الحد وهو ينافي القصص ظاهر سلمناه لكنه كان ابدا جزاء عن حده غير متطاول وهو ليس بمعهود سلمناه لكن جعله مجازا ليس باولى من جعل
الاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا اولى للمحذورات وتمام العثور على هذا البحث بعض مطالعة تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة
قوله ولو حد الكافر يعني اذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فاذا اسلم جازت شهادته مطلقا لان للكافر شهادة على
مثله ومن له ذلك وحد في القذف كان رد شهادته من تتمة حده وبالاسلام حدثت شهادته مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد
اذا حد في القذف ثم اعتق لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة اصلا كان بعد العتق فجعل ردها من تمام حده وطولب بالفرق بين مسلم زنى
في دار الحرب فخرج الينا وبين العبد اذا حد في القذف حيث جعل القذف قائما في حقه الى حصول اهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قائما
الى نفوذ الولاية وفرق بينهما بان الزنا لم ينعقد موجبا في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والحق موجب في حق الاصل
فيوجب الوصف عند امكانه فاعترض على كلام المصنف بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق ترد الشهادة
ايضا لملاقاة الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد واما اذا قذف الكافر مسلما ثم اسلم فحد في حال اسلامه لم تقبل شهادته ولو حد قبل
الاسلام قبلت وكان ذكر الحد قبل الاسلام مقيدا والجواب ان فائدته تطبيق المسئلتين في عروض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف
المحوج الى الفرق واما ان الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق كما انها لا تقبل قبله فلا نزاع فيه قال ولا شهادة الوالد لولده وولد
ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده لقوله صلعم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد
لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره قيل ما فائدة قوله لسيده فان العبد لا شهادة له في حق احد واجيب بانه ذكره على سبيل الا
ستطراد فانه عليه السلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد وكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض لم
تقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة اليهم والاتصال يوجب ان يكون الشهادة لنفسه من وجه
او ان يتمكن فيه شبهة قال المصنف المراد بالاجير على ما قال المشايخ هو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وقيل التلميذ
الخاص هو الذي يأكل معه وفي عياله وليس له اجرة معلومة وهو معنى قوله على ما قال المشايخ هل البيت من القنوع لانه بمنزلة السائل يطلب
معاشه منهم وقيل المراد منهم الاجير مسانهة او مشاهرة وهو الاجير الوحد فيستوجب الاجر بمنافعه اي فانه اذا كان كذلك استوجب الاجر بمنافعه
واداء الشهادة من جملتها فيصير كالمستأجر عليها وهو استحسان ترك به وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه اذ ليس له
فيما شهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع ولهذا جاز شهادة الاستاذ له ووضع الزكاة فيه لكن الاجماع المنعقد على
قول واحد من السلف حجة يترك به القياس واما شهادة الاجير المشترك فمقبولة لان منافعه غير مملوكة لاستاذه ولهذا له ان يؤجر نفسه من غيره في
مدة الاجارة قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة
والايدي متحيزة اي يد كل واحد منهما مختصة بنفسه غير متصرفة في ملك الآخر غير متعدية اليه ولهذا يقبض من احدهما للآخر ويحبس بدينه وكل من
كان كذلك يقبل شهادته في حق صاحبه كالاخوين واولاد العم وغيرهم لا يقال في قبول شهادة احدهما للآخر نفع لانا نقول لكل واحد منهما يعد نفع
صاحبه نفع نفسه لان ذلك ليس بقصدي بل حصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانها تقبل
وان كان له فيه نفع لحصوله ضمنا ولنا ما روينا من حديث عائشة انه صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة
لزوجها ولا الزوج لامرأته ولان الانتفاع متصل ولهذا الواطئ جارية امرأته وقال ظننت انها تحل لي لا يحد وهو اي الانتفاع هو المعظم
من الاموال فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما في شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة قوله بخلاف شهادة الغريم جواب عما
ذكره الشافعي ووجهه ان الغريم لا ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا تصرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه قواما عليها هو الذي
يتصرف في مالها عادة لا يقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه يأخذه لان الظفر امر موهوم وحق الاخذ ثابتا عليها ولا كذلك الزوجان قال ولا
شهادة المولى لعبده لا تقبل شهادة المولى لعبده لما روينا ولان شهادته له شهادة لنفسه من وجه او من كل وجه وذلك لانه لا يخلو اما ان يكون
على العبد دين او لا فان كان الاول فهي له من وجه لان الحال موقوف مراعى بين ان يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم وبين ان يبقى للمولى
كما كان بسبب قضاء دينه وان كان الثاني فهي له من كل وجه لان العبد وما يملك لمولاه ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه لما قلنا من كون الحال
موقوفا مراعى لانه ان ادى بدل الكتابة صار اجنبيا وان لم يؤد عاد رقيقا فكانت شهادته لنفسه ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما
لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وذلك باطل واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة اذ هي شهادة واحدة ولو شهد بما ليس من شركتهما
قبلت لانتفاء التهمة قيل هذا اذا كانا شريكي عنان اما اذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة احدهما لصاحبه الا في الحدود والقصاص والنكاح
لان ما عداها مشترك بينهما فكانت شهادته لنفسه من وجه قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه تقبل شهادة الاخ لاخيه وشهادة الرجل لعمه وابن

الاقارب غير الولاد لانتفاء التهمة لتباين الاملاك ومنافعها ولا تقبل شهادة المخنث وهو في المعروف من عرف بالردي من الافعال اي المتمكن من اللواطة
فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية لارتكابهما المحرم خصوصا في المال والدليل على الحرمة لان النبي صلعم نهى عن
الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية وصف الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا والمغني كل هو معصية
في جميع الاديان قال في الزيادات اذا اوصى بما هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصا اذا كان
الغنا من المراة فانه يتضمن رفع الصوت منها وهو حرام فضلا عن ضم الغنا اليه ولهذا لم يقيد هنا بقوله للناس وقيده فيما ذكر بعد هذا في غنا
الرجل ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه والمراد به كل من ادمن على شرب شي من الاشربة المحرمة خمرا كان او غيرها مثل السكر ونقيع
الزبيب والمثلث وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وان كان كبيرة ولا من يلعب بالطيور لانه
يورث غفلة لا يومن بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعد الحادثة ثم هو مصر على نوع لعب ولانه قد يطلع على عورات النساء بصعود
سطحه ليطير طيره وذلك فسق فاما اذا كان يستانس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا كان يجيء من البيت فانه يجئ بحمامات
غيره فيفرخ في بيته وهو يبيعه ولا الغرفة من حمامه نفسه فيكون كالحرام وقال بعض المشايخ ولا من يلعب بالطيور وهو المعني بقوله ولا من يغني عنه
بقوله ولا من يغني للناس فانه اعم من ان يكون من اهل الملاهي او لا وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لانها كانت على الاطلاق وهذا
مقيد بكونه للناس حتى لو كان غناه لنفسه لازالة وحشته لا باس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختاره المصنف وعليه
جمع الناس على ارتكاب كبيرة واصل ذلك ما روي عن انس بن مالك انه دخل على اخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم ومن
المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام خواهرزاده وحمل حديث البراء على انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم
الغنا قد يطلق على ذلك قال ولا من ياتي بابا من الكبائر اي شيئا من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته وحد ابو علي ان
الكبيرة اعم مما فيه حد وقيل وقال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع التي ذكرها رسول الله صلعم في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والفرار
من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة ولا من يدخل
الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام ولا من ياكل الربا لانه كبيرة ومن لعب بالنرد والشطرنج اذا انضم اليه احد امور ثلاثة القمار او تفويت الصلاة
بالاشتغال به او اكثار الايمان الكاذبة لان هذه الاشياء من الكبائر والمصنف لم يذكر الثالثة لان الغالب فيه الاولان ولم يفرق بين النرد والشطرنج
في اشتراط احد الامرين وفرقه في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة بمجرد قوله عليه السلام ملعون من لعب بالنرد والملعون لا يكون عدلا
ويجوز ان يكون ادرجه في ما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة اشارة الى ذلك قوله لان للاجتهاد فيه مساغا قيل لان مالكا
والشافعي يقولان بحل اللعب بالشطرنج وشرط ان يكون اهل الربا مشهورا به لان الانسان قل ما يخلو عن مباشرة العقود الفاسدة
وكل ذلك ربوا فلو ردت شهادته اذا ابتلي به لم يبق احد مقبول الشهادة غالبا وهذا الخلاف اكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر
به لعدم عموم البلوى ولا من يفعل الافعال المستحقرة بلفظ اسم الفاعل وفي نسخة المحقرة وفي اخرى المستقبحة كلها على اسم المفعول سوى المستقبحة
بلفظ اسم الفاعل من المستحق وهو التشبه الى التسخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الاخيرة
كالبول والاكل على الطريق لان فيه اكل ترك المروة فاذا كان لا يستحي من مثل ذلك فالظاهر انه لا يمتنع عن الكذب فكان متهما لا تقبل شهادة من
يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون منهم ابو حنيفة لظهور فسقه وقيد بالاظهار لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل روي بن سماعة عن ابي
يوسف انه قال لا اقبل شهادة من سب الصحابة واقبل شهادة من تبرا منهم وفرق ان الاظهار فسقه لا ياتي به الا الاسقاط السخف وشهادة السخيف
لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتقد دينا وان كان على باطل علم يتعمد فسقه وتقبل شهادة اهل الاهوا الا الخطابية منهم والهوا ميلان النفس
الى ما يستلذ به من الشهوات وان سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض فان اصول الاهوا الجبر والقدر والرفض
والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يفترق اثنى عشرة فرقة وقال الشافعي لا تقبل شهادتهم لانه اغلظ وجوه الفسق اذ الفسق من حيث
الاعتقاد دوما هو كذلك فهو تدين لا موثر بدين وانما يمنع من القبول ترك ما يكون دينا فصار كمن يشرب المثلث او الشافعي اكل متروك التسمية
عامدا معتقد الاباحة فانه لا يصير به مردود الشهادة والخطابية هم علاة من الروافض ينسبون الى الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى
بن موسى وصلبه بالكناس لانه يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر وقيل هم قوم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره كان مم
يجب ان يشهد له بقية شيعته بذلك وقيل الخطابية من حلف عندهم فهو صادق فشهادتهم لانهم كافرون ان كانوا الكاملين اولا وليمكن التهمة في شهادتهم ان كانوا كما
قيل انا تيا وتنالنا فا‍ل ـــــــ وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض ان شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان
اختلفت مللهم كاليهود مع النصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمون
فشهادتهم مقبولة على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة فانه معطوف على
قوله ما لكم من ولايتهم من شي فالعطف قرينة مراعي به تناسب المعاني وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون
والظالم فاسق فيجب التوقف في خبره لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا فصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد على جنسه وبخلاف جنسه ولنا ما روي
ان النبي صلعم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواه جابر بن عبد الله وابو موسى ولان الذمي من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار وكل
من هو كذلك فله اهلية الشهادة على جنسه كالمسلمين فان قيل المسلمون لهم اهلية على جنسه وخلاف جنسه دون الذمي فبطل القياس فالجواب ان
القياس في الذمي لذلك لكن ترك في خلاف الجنس بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واعترض بان الله تعالى قال ممن ترضون من الشهدا
والكافر

ما المنع هم

والكافر ليس بمرضي والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة الى الشهادة علينا او مطلقا والاول مسلم وليس بمقبول والثاني ممنوع اذ ليس رضانا عن شهادة
بعضهم على بعض قوله والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قولهم لانه فاسق وتوجيهه الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين او من حيث
الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكفر ليس من هذا الباب فان الكافر يجتنب محرم دينه واعترض بان الاجتناب عن محظور الدين لو كان دليلا
على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب الشهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الايات مع علمهم بحقيقتها قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها
انفسهم ظلما وعلوا واجيب بان المراد به الاحبار على عهد رسول الله المتواطئون على كتمان نعته ونبوته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم على التقليد
ماتم عليه فالتكذيب منهم تدين وهم مطبقون على كون الكذب على احد محظور الاديان كلها وقوله بخلاف المرتد جواب عن قوله وصار كالمرتد فانه لا ولاية له اذا الكذب محظور في جميع
على نفسه ولا على اولاده وهي ركن الدليل وقوله بخلاف شهادة الذمي على المسلم جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وهي التي عليها الاستكثار منه
الولاية احكام الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجه انا الولاية بالاضافة معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم وقد لنا اهلية هم قبوله
جواب اخر عن هذا السوال ولانه يتقول عليه جواب اخر وتقريره سلمنا ان علة الشهادة وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم اياه
فانه يحمله على التقول عليه بخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار الاسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ـــــــ ولا تقبل
شهادة الحربي على الذمي قال المصنف اراد بالحربي الذمي والمستامن ذكر لان شهادة الحربي الذي لم يستامن على الذمي غير متصور
لانها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصير في دار الاسلام لا يتأتى التحوز ان يدخل حربي دار الاسلام بلا استيمان فيحضر مجلس القضاء لانه ماخوذ
قهرا فيصير عبدا ولا شهادة للعبد على احد والله اعلم وانما لم تقبل شهادة المستامن على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي لكونه من اهل دارنا والمستامن
من اهل دار الحرب واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية وقد ذكرنا في شرح رسالتنا في الفرائض وعلى هذا قوله وهو اعلى حالا منه اي اقرب الى
الاسلام من المستامن ولهذا انتقل المسلم بالذمي دون المستامن اشتبه على الاختلاف لعام الدليل بقوله لانه من اهل دارنا ويجوز ان
يكون جزا العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لانه لكونه اعلى حالا اقرب الى الاسلام فصارت شهادته
كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستامن وفيه نظر لان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين
مختلفين وكذا دارنا مستامنين فضم ذلك اليه للتعليل في بعض الصور دون بعض تحكم والاول هو الظاهر فان قلت انا نجوز ان يكون علة
لقبول شهادة الذمي على المستامن لا جزا لعلة انقطاع الولاية قلت بلى لكن انقطاع تركيب كلامه لا يساعده فتامل وسنذكر الجواب عن قبول
شهادة الذمي على المستامن بخلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك قال ـــــــ وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اي المستامنين
في دارنا لا يخلو اما ان يكونا من دار واحدة اولا فان كان الاول قبلت شهادة بعضهم على بعض وان كان الثاني كالترك والروم لم تقبل لان
اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث قوله بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي
على المستامن لوجوده كما لكنها قبلت ووجهه ان يقال الذمي من اهل دارنا وهي مؤكدة لكونه الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة
الذمي على المسلم لعكسه لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستامن فيقبل شهادة الذمي عليه ولا كذلك المستامن لانه ليس من دارنا وفيه اشارة
الى ان اهل الذمة اذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا التي تجمعهم بخلاف المستامنين قال ـــــــ
واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات اي واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات وذلك بعد ان يكون ممن لا يترك الفرض ويجتنب
الكبائر والاصرار على الصغيرة كبيرة معتبرة غالب احواله في تعاطي الصغائر فان كان اجتنابها هو ما دونها الشرع اعلم من المامور بالصغائر
جازت شهادته ولا يقدح في عدالته الالمام بالصغائر لئلا يفضي الى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لاحيائها وتقبل شهادة
الاقلف وهو من لم يختن لان الختانة سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى حينئذ عدلا ابل
وابو حنيفة لم يقدر له وقتا معينا اذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والشارحون لبعضهم قدره من سبع سنين الى عشر وبعضهم
اليوم السابع من ولادته او بعده لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما اختتنا اليوم السابع او بعد اليوم السابع لكنه شاذ وتقبل شهادة
الخصي وهو منزوع الخصية لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانها قطعت ظلما فصارت كمن قطعت يده وتقبل شهادة ولد الزنا لان
فسق الابوين لا يربو على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابوين ففسقهما اولى وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب ان يكون غيره
كمثله والكاف زايدة كما في قوله تعالى ليس كمثله شي قلنا الكلام في العدل وحبه ذلك تغليبه ليس بقادح لانه غير مواخذ به ما لم يتحدث به نفسه
لكن لا نسلم ان العدل يحب ذلك او يستحبه وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال الله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ويشهد مع رجل وامراة للاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء
لاحتمال ان يكون امراة قال ـــــــ وشهادة العمال جائزة قال فخر الاسلام وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعني ابو حنيفة
يجوز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوايم لان نفس العمل ليس بفسق فان اجلا الصحابة
رضي الله عنهم كانوا عمالا والانطو بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا اعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم قوله
وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لعله يريد به اذا كان عونا له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم
يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثيله بامير عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا على المروة ولمهابته لا يستاجر
على الشهادة الكاذبة وقيل المراد بالعمال الذين يعملون بايديهم ويواجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون المراد
هذه المسيلة رد القول لم لان كسبهم اطيب الاكساب قال صلعم افضل الناس عند الله من يأكل بكسب يده فاني يوجب جرحا قال

واذا شهد الرجلان اي اذا شهد الرجلان ان اباهما اوصي الي فلان او شهد الموصي لهما بذلك او شهد غريمان للميت عليهما دين او شهد وصيان انه اوصي
الي ثالث معهما فهذه خمس مسايل فلا يخلو اما ان يكون الموت معروفا والوصي راضيا اولم يكن فان كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان الاول الا
فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وان كان الاول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانها شهادة منهم يعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحيا حقوقه
او فراغ ذمته والشهادة لمنهم وجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها ما توجب علي القاضي مالم يمكنه منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب
الوصي اذ ارضي الوصي والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتامل في صلاحية من ينصب واهليته وهؤلا بشهادتهم اسقطوا
مونة التعيين لم يثبتوا بها شيا فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي رافعة مونة تعيين القاضي فان قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة
موجبة عليه مالم يكن له اجيب بان الوصيين اذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف بعد قبولهما
به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا انكر ولم يعرف الموت لانه ليس له نصب ولاية الوصي اذ ذاك فكانت هي الموجبة الا في الغريمين له عليهما دين فانها تقبل وان لم
يعرف الموت لانهما يقران علي انفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما وان شهدا ان اباهما الغايب وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة لم تقبل شهادتهما انكر الوكيل
ذلك او ادعاه لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة تؤيد ذلك قال ولا يسمع القاضي الشهادة علي جرح
اما ان يكون مجردا او غيره لا يخلو اما ان يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم اولا والثاني هو المجرد لتجرده عما يدخله تحت الحكم والاول هو الثاني ولنسمه
نسميه مركبا بما يدخل تحت حكم الحاكم اولا والثاني هو المجرد لتجرده عما يدخله تحت الحكم والاول فاذا شهد شهود المدعي علي الجرح المجرد
مثل ان قالوا انهم فسقة او زناة او اكلوا الربوا فان القاضي لا يسمعها واستدل المصنف بوجهين احدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي
عليه من دفعه بالتوبة ووقع الالزام وسماعها انما هو للحكم والالزام والثاني قيل وعليه الاعتماد ان في الجرح المجرد هتك الستر وهو اظهار الفاحشة
وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتك واجب الستر وتعاطي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل مابالهم لم يجعلوا معدلين في العلانية
فسيع منهم الجرح المجرد واجيب بان من شرط ذلك في زماننا ان يقول لا اعلم من حاله او يعلم القاضي بذلك سرا اذا سأله القاضي تعديا عن الفسق وله
واحترازا عن اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وان قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم السماع نفيده بجواز ان يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه
ايضا وقوله الا انه استثنا من قوله لان الفسق وهو منقطع اي لكن اذا اشهد شهود المدعي عليه انه اقر ان الشهود فسقة فانها تقبل كان كاقرارهم
يدخل تحت الحكم ولم يظهروا الفاحشة وان حكوها عن غيرهم وهو المدعي والحاكي للاظهار ليس كمظهرها وكذا اذا شهدوا ان المدعي استاجر الشهود
ولم يسمعها لانه جرح مجرد وخصم للاستيجار اليه ليس بمجرح له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الي خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه اجنبيا
عنه حتي لو اقام المدعي عليه البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من ماله الذي كان في يده قبلت لانه
خصم في ذلك فكان جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها اي صالحت الشهود علي كذا من المال ودفعته اليهم علي ان لا
يشهدوا علي بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع قوله ولهذا قيل
اي ولما قلنا انه لو اقام البينة علي جرح فيه حق من حقوق العباد او من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن وقيل انه كالمتمم للدليلين في الجرح المجرد
كذلك هو بعيد فكان المناسب ان يقول وكذلك وهذا اسهل والمعني اذا اقام المدعي عليه البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر
او رق او قاذف او شريك المدعي قبلت لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما قوله انه عبد فلانه يثبت الرق وهو ضعف
حكمي اثره في سلب الولاية وهو حق الله وموضعه اصول الفقه وان قوله انه محدود في قذف فلانه يتعلق به حكم وهو كمال الحد برد شهادته وهو حق الله
وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة فان قيل في هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف سمعت فالجواب ان اظهار الفاحشة
اذا دعت اليه ضرورة جاز لقوله صلي الله عليه وسلم اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا يقال وقد تحققت في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة
لشهود غير مرضية عن المدعي عليه لانها تندفع بان يقول للقاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم وعلي هذا في اقامة البينة علي ذلك اعتبارا لان احدهما
ان يكون لجرح الشهادة وهو غير مقبول والثاني لاقامة الحد وهو مقبول ومن علاماته عدم التقادم واما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة
كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعي او ابوه قال ومن شهد ولم يبرح ومن شهد ثم قال اوهمت بعض شهادتي قال فخر الاسلام ان اخطا
بنسيان ما يحق عليه ذكره او بزيادة كانت باطلة يعني تركت ما يجب علي او اثبت ما لا يجوز لي فاما ان يقول ذلك وهو في مجلس القاضي او بعدما قام عنه ثم
عاد اليه وعلي كل من التقديرين اما ان يكون عدلا او غيره والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير من قبل الخصمين اولا فان كان غير عدل
ردت شهادته مطلقا اي سوا قاله في المجلس او بعده في موضع الشبهة او غيره وان كان عدلا قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظة الشهادة
وما يجري مجراه مثل ان يترك ذكر اسم المدعي او المدعي عليه او الاشارة الي احدهما سوا كان في مجلس القاضي او غيره وبه ارك تركت لفظة الشهادة اما يفوت
قبل القضا اذ من شرط القضا ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا
شهد بالف درهم ثم قال غلطت بل خمسماية او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد اولا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضا
علي القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت او بما بقي او زاد عند اخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالموجود
باصلها واليه مال شمس الايمة السرخسي وهذا التدارك يمكن ان يكون قبل القضا بتلك الشهادة وبعده قال المصنف ووجهه ان الشاهد قد يبتلي
بمثله لمهابة مجلس القضا فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو قبل البراح من المجلس وهو عدل واما اذا قال بعدما قام عن المجلس
فلم تقبل لانه يوهم الزيادة من المدعي بالاطماع ان الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعي عليه بمثل ذلك يوجب الاحتياط قوله ولان المجلس اذا
اتحد دليل اخر علي ذلك وفيه اشارة الي ما مال اليه شمس الايمة فانه الحق الملحق باصل الشهادة فصار كلاما واحدا وهذا يوجب العمل بالشهادة
الثانية

الثانية في الزيادة والنقصان كما ذكرناه وعلي هذا اي وعلي اعتبار المجلس في دعوي التوهم اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في ذكر الشرقي مكان
الغربي او بالعكس او في بعض النسب كما اذا ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلا فان تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي
حنيفة وابي يوسف انه تقبل قوله في غير المجلس ايضا في جميع ذلك لان فرض عدالته يمنع توهم التلبيس والتغرير والظاهر ما ذكرناه اولا من تعدد ما فيه
شبهة التغرير بالمجلس

باب الاختلاف في الشهادة

تاخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون
الاتفاق اصلا والاختلاف انما هو بعارض الكذب واخره وضعا للتناسب قال الشهادة اذا وافقت الدعوي قبلت اي الشهادة
اذا وافقت الدعوي قبلت وان خالفتها لم تقبل وقد عرفت معني الشهادة فان علم ان الدعوي هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته
وموافقتها الشهادة هو ان يتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووصفا وملكا ونسبة فانه اذا ادعي علي اخر عشرة دنانير وشهد
الشاهد بعشرة دراهم او ادعي عشرة دراهم وشهد الشاهد بثلاثين او ادعي سرقة ثوب احمر وشهد بابيض او ادعي انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة
وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعي شق زقه او اتلاف ما فيه به وشهد باتلافه عنده او ادعي عقارا بانه اشتري من ملك فلان وشهد
بالغصب منه او ادعي انه ملكه وشهد انه ملكه وولده او ادعي انه عبده ولد في ملكه او انه ابن الجارية الفلانية وشهد بولادته غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوي واما
الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط الا تري ان المدعي يقول ادعي علي غريمي هذا وان الشاهد يقول اشهد بذلك واستدل المصنف علي ذلك بقوله لان تقدم
الدعوي في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها اما ان تقدمها شرط القبول فلان القاضي نصب لفصل
الخصومات فلا بد منها ولا يعني بالخصومة الا الدعوي واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يدل علي التكذيب واما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك
لان الشهادة لتصديق الدعوي فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سوا وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال تقدم الدعوي شرط قبول
الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط والثاني انه عند المخالفة يعارض كلام المدعي والشاهد
فما المرجح لصدق الشاهد حتي اعتبر دون كلام المدعي والجواب عن الاول علة قبول الشهادة الزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوي شرط ذلك
فاذا وجد فقد انتفي المانع فوجب القبول بوجود العلة وانتفاء المانع لا لان وجود الشرط يستلزم وجوده وعن الثاني بان الاصل في الشهود العدالة لا
سيما علي ابي يوسف ومحمد ولا يشترط عدالة المدعي لصحة دعواه فرجح جانب الشهود عملا بالاصل قال وتعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ
والمعني عند ابي حنيفة قال الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوي والشهادة ولكنهم اختلفوا في انها شرط
من حيث اللفظ والمعني ومن حيث المعني خاصة فاما الموافقة من حيث المعني فلا بد منها بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف
ولهذا اذا شهد احدهما بالهبة والاخر بالعطية فهي مقبولة وان اختلفا فيه بحيث يدل بعضه علي مدلول البعض الاخر بالتضمن فقد نفاه ابو حنيفة
وجوزه فانه اذا شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل عنده وقالا تقبل علي الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وهو دين وعلي هذا المائة والمائتين والطلقة
والطلقتين والطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا علي الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما
يتفرد به احدهما كما اذا ادعي الفا وخمسماية وشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية علي ما سيجي ولابي حنيفة انهما اختلفا لفظا لان احدهما
مفرد والاخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل علي اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة وان ثبتت بالتثنية فان الالف لا يعبر به عن
الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر به عن الالف لذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا لكلام الاخر وحصل علي كل واحد منهما شاهد واحد
فلا يثبت شي منهما فصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال كما اذا شهد احدهما بكر شعير والاخر بكر حنطة قيل في المبسوط اذا ادعي الفين وشهد بالف
قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوي والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فاجاب ابو حنيفة عن ذلك وقال ان اشتراط الاتفاق بينهما
ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعي الغصب وشهدا بالاقرار به قبلت ولو شهد احد الشاهدين بالغصب والاخر بالاقرار به لم تقبل
وللقايل ان يقول قد تقدم في تلقين الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعي الفا وخمسماية وانكر المدعي عليه خمسماية وشهد الشاهد بالف
والقاضي يقول يحتمل انه ابرا عن خمسماية واستفاد الشاهد علم بذلك ووقف في شهادته كما وقف القاضي انه لا يجوز بالاتفاق وفي هذه المسيلة
ما نقلت من المبسوط ما يتبين من الشاهد فلا يحق في الجواب لابي حنيفة ان يحمل ما نقل عن المبسوط علي ما اذا وافق الشهادة بدعوي الابرا او الاستيفا
ولا يلزم ابا حنيفة ما اذا قال لزوجته طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة ولا ما اذا قال لها انت طالق
الفا فانه تقع ثلاث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد واحد ولا يثبت به شي قال
ولو اشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية وما تقدم ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعني شرط القبول اذا شهد احدهما بالف والاخر
بالف وخمسماية والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة علي الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعني لان الالف وخمسماية جملتان عطفت احديهما
علي الاخري والعطف يقرر المعطوف عليه ونظيره ما اذا شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقة ونصف او بماية وماية وخمسين بخلاف ما اذا شهد
احدهما بعشرة والاخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصار نظيرا للالف والالفين هذا اذا كان المدعي يدعي الاكثر واما
اذا ادعي الاقل وقال لم يكن الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لتكذيبه المدعي في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لم يثبت شي فان
قيل لم يكذبه الا في البعض فقال القاضي لا يقضي عليه بالباقي كما يقضي بالباقي في الاقرار اذا كذب المقر له المقر في بعض ما اقر به اجيب
بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليس بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار قوله وكذا اذا اسكت
يعني اذا ادعي الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف في المسيلة الاولي لا يقضي له بشي لان التكذيب ثابت ظاهرا فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق
لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لا بد منه في الاصح وعلي هذا لو قال كان اصل حقي الف وخمسماية لكن استوفيت خمسماية او ابراته عنها قبلت

للتصريح بالتوفيق وعلم مما ذكرنا ان احوال من يدعي اقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا يخلوا عن ثلاثة اما ان يكذب الشاهد بالزيادة او يسكت عن التصديق والتوفيق او توفق وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الاخر قال وان شهدا بالف وقال احدهما قضاه منه خمسمائة اذا ادعي الفا وشهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر فان قيل شهادة من شهد بالقضاء مناقضة لانه اذا اقضاه خمسمائة لا يكون للمدعي علي المدعي عليه الف بل خمسمائة لاغير اجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين مكان الدين الذي هو عين فكان قوله قضاه خمسمائة شهادة علي المدعي بقبض ما هو غير ما شهد به اولا وهو الدين فلم يجد مناقضة وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة بطريق التملك لما اوجب الضمان وطلبت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم يكن الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بخمسمائة وفي ذلك يقضي بالاقل كما قلنا في الالف والالفين الا ان محمدا خالفه هنا لان ذلك في يكون الشهادة بالاقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك وجوابه ما قلنا انهما اتفقا علي وجوب الالف وتفرد احدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة وعورض بان المدعي كذب من شهد بقضاء خمسمائة وتكذيبه يفسق له فكيف يقضي بشهادته وجوابه سياتي قال وينبغي للشاهد يعني ان الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغي ان لا يشهد بالف حتي يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا علي الظلم الظالم بعمله بدعواه بغير حق في الجامع الصغير رجلان شهدا علي رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قضاها فالشهادة جائزة علي القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء والفرق بين مسئلة الجامع وبين ما ذكرت قبلها ان في مسئلة الجامع شهد احدهما بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد القضاء وهو يفسق له قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض لانه اكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لا في له ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه لخصمين فاقر قبل ان يشهد له فاكذبهم وحاصله ان اكذاب المدعي الشهود تفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة فقد ذكر ان اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة واخران بقتله يوم النحر بالكوفة قبل ان يقضي القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احديهما كاذبة بيقين اذ العرض الواحد اعني القتل لا يمكن ان يكون في مكانين وليست احديهما باولي من الاخري فان سبقت احديهما وقضي بها ثم حضرت الاخري لم تقبل لان الاولي ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بما ليست مثلها قال واذا شهدا علي رجل انه سرق بقرة وقد مر ذكر اختلافهما في الكيفية يمنع القبول فاذا شهدا علي رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد او كالسواد والبياض عند ابي حنيفة وهو الاصح وقيل ان كان يتشابهان قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم تقطع وقالا لا تقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم علي كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسئلة بحالها فانها لم تقبل بالاتفاق بل هذا اولي لان امر الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه اتلاف نفس الادمي وصار كالذكورة والانوثة في المغايرة ولابي حنيفة ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد لكون السرقة فيها غالبا واللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة او يجتمعان بان يكون بلقاء احد جانبيها اسود يبصره احدهما والاخر ابيض يشاهده الاخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين احدهما ان طلب التوفيق ههنا احتيال لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرءه لا لاثباته والثاني ان التوفيق وان كان ممكنا ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه فيما يدرا بها والجواب عن الاول ان ذلك انما كان احتيالا للاثبات ان لو كان في اختلاف ما كلفنا نقله وهو من صلب الشهادة كما في قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به او لا واما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفنا نقله كلون ثياب السارق وامثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه الا تري انهما لو سكتا عن بيان لون البقرة لما كلفهما القاضي بذلك فتبين انه ليس من صلب الشهادة ولم نكلف نقله الي مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانا كلفنا النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا في صلب الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس لان القياس اعتبار امكان التوفيق وترك التصريح بالتوفيق معتبر فيما كان في صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن فيه هذا والله اعلم بالصواب قوله بخلاف الغصب جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل فيه بالنهار والغصب يكون فيه غالبا علي قرب منه وقوله والذكورة والانوثة جواب عما استشهد به من الاختلاف بهما فانهما لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف علي ذلك بالقرب منه فلا يشتبه فيحتاج الي التوفيق قال ومن شهد لرجل انه اشتري عبد فلان بالف رجل ادعي علي اخر انه باعه هذا العبد بالف او بالف وخمسمائة وانكر البائع ذلك فشهد شاهد بالف والاخر بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المشهود به مختلف اذ المقصود من دعوي البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الاثبات الشرا بالف غيره بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لا نسلم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه اجيب بان دعوي السبب المعين دليل علي ان ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الي سبب معين فان الشهادة علي الملك المطلق جائزة فكان مقصوده السبب فان قيل التوفيق ممكن لجواز ان يكون الثمن اولا الفا ثم ادي الثمن وعرفه احدهما دون الاخر اجيب بان السيد الشهيد ابا القاسم ذهب الي ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهد بجنسين كالف درهم ومائة دينار ووجه ما في الكتاب ان الشرا بالف وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف وخمسمائة ملصقين بالشرا واما اذا اشتري بالف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشتري بالف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع باصل الثمن قوله ولان المدعي يكذب احد شاهديه دليل اخر علي ذلك ولذا اذا كان المدعي هو البائع سوا ادعي البيع بالف او بالف وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا ان المقصود هو السبب وكذا اذا

كان

كان الدعوي في الكتابة اما اذا كان العبد يدعيها فلا خفاء في كون العبد مقصودا واما اذا كان هو المولي فلان العتق لا يثبت قبل الادا فكان المقصود اثبات العقد وفيه نظر لفظا ومعني فاما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الادا واذ ذلك مشعر بان مقصود المولي هو العتق والادا هو المسبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة واما الثاني فلان المدعي اذا ادعي الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول ان تقديره بدل العتق لا يثبت قبل الادا والادا لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة او نقول معناه ان مقصود المولي العتق والعتق لا يقع قبل الادا والادا لا يتحقق بدون الكتابة فكانت هي المقصودة وعن الثاني بان قوله فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز ان لا يختار الفسخ وتجاحدهما لا دين البدلين وكذا الخلع والاعتاق علي مال والصلح عن دم العمد اما ان المدعي اذا كان هو المراة او العبد او القاتل فلا خفاء في كون العقد مقصودا اذ الحاجة ماسة الي اثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بنا عليه وان كان الدعوي من جانب الزوج بان قال خالعتك علي الف وخمسمائة والمراة تدعي الالف او قال مولي العبد اعتقتك علي الف وخمسمائة والعبد يدعي الالف او قال مولي القصاص صالحتك علي الف وخمسمائة والقاتل يدعي الالف فهو بمنزلة دعوي الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من انه يقبل علي الالف اذا ادعي الف وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعي الالفين لا يقبل عنده خلافا لهما وان ادعي اقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوي في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لعدم الدعوي لانه لما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كان لم تكن وان كان المدعي هو المرتهن كان بمنزلة الدين يعني باقل المالين اجماعا قيل عقد الرهن بالف غيره بالف وخمسمائة فيجب ان لا يقبل البينة وان كان المدعي هو المرتهن لانه كذب احد شاهديه واجيب بان الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متي شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوي الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فيقبل البينة كما في ساير الديون ويثبت الرهن بالف ضمنا وتبعا للدين وفي الاجارة لا يخلو اما ان يكون الدعوي في اول المدة او بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان الثاني فاما ان يكون المدعي هو الاجر او المستاجر فان كان الاجر فهو بمنزلة دعوي الدين يعني باقل المالين اذا ادعي الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الاجر فقضا لكن ادعي علي الالف وخمسمائة وشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة جازت علي الالف وان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل عند ابي حنيفة كما تقدم خلافا لهما وان كان المستاجر قال في النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الي اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان اقر بالاكثر لم يبق نزاع وان اقر بالاقل فالاجر لا يوخذ منه سوي ذلك وفي بعض الشروح فان كان الدعوي من المستاجر فهذا دعوي العقد بالاجماع وهو في معني الاول لان الدعوي اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيواخذ المستاجر باعترافه قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة قبلت بالف عند ابي حنيفة وهو استحسان وقال ابو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملكه المتصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعم والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ما هو الاصل فيه الحل والازدواج دليل اخر وتقريره الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لانه شرعية لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف في موضعه والاختلاف لم يتحد فيها فيثبت الاصل لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضي بالاقل لاتفاقهما عليه واعترض عليه بان فيه تكذيب احد الشاهدين واجيب بانه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب في الاصل وفيه نظر فان مراد المعترض ليس تكذيبا يلزم الاصل بطلان البيع ومعني كلامه ان يبطل المال المذكور في الدعوي ويلزم من ذلك والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما تري والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع قال المصنف ويستوي دعوي اقل المالين او اكثرهما نحله او والصواب كلمة الواو بدلالة يستوي وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعضهم انه لما كان كالدين وجب ان يكون الدعوي باكثر المالين كما في الدين واليه ذهب شمس الايمة ووجه ما في الكتاب ان المنظور اليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يراعي فيه ما هو شرط في المقصود اعني الدين وقال ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية واما اذا كان المدعي هو الزوج فالاجماع انها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الاختلاف يدعي وهذا اصح لان الكلام ليس في ان الزوج يدعي العقد او المال والمراة تدعي ذلك وان الكلام في ان الاختلاف في الشهادة علي مقدار المهر هل يوجب خللا في نفس العقد او لا فقال ابو حنيفة لا يوجب ذلك وقالا يوجبه وذكر المصنف دليلهما واليه اشار بقوله والوجه ما ذكرناه قال

فصل في الشهادة علي الارث

ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضي الواقع واعلم ان العلماء اختلفوا في ان الشهادة بالميراث هل تحتاج الي الجر والنقل وهو ان يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثا له او لا قال ابو حنيفة ومحمد لا بد منه خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به واذا كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث متجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبرا في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة علي المورث الفقير والمتجدد يحتاج الي النقل لئلا يكون استصحابا لحال مثبت الا انه يكتفي بالشهادة علي قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا علي قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان دام اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوي اسبابه ويبين ما كان بيده من الودايع والمغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده

ملكه فجعل الموت دليل الملك لانها قد تكون اليد يد امانة ولا ضمان فيها لينقلب بواسطة يد ملك لان الامانة تصير مجهولة مضمونة بالتجهيل البدعندهم
بالموت ولم يبين انها وديعة فلان لانه ترك الحفظ وهو يوجب الضمان فاذا ثبت هذا فمن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها
الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف فلانه لا يوجب الجر في الشهادة واما عندهما
فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع ومن اقام انها كانت في يد فلان مات وهي في
يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدي عند الموت فصار كانه اقامها على انها كانت ملكه عند موته وان اقامها انها كانت لابيه ولم يقولوا
مات وتركها ميراثا لم تقبل عندهما لعدم الجر وما قام مقامه وتقبل عند ابي يوسف بشهادتهم ملك المورث قوله وان قال لو ادعى رجل مسئلة اي
هذا الاستطراد اذ هي ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت في يد رجل فادعى انها له واقام بينة انها كانت في يده لم تقبل وعند ابي
يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه قبلت فكذا هذا او صار كما لو شهدوا ان المدعى عليه اخذها من المدعي فانها
تقبل وترد الدار الى المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية بزوال بسبب الزوال فهو جاز ان يعدها كانت وكل ما
كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر وقوله وهي متنوعة دليل اخر اي اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول
والقضاء باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وهو موجب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد
المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس المخبر به لاحتمال زواله بعد ما كانت كالمعاين المحسوس عدم زواله قوله واذا اقر المدعى عليه يعني اذا اقر الا الاجر
عليه الدار كانت في يد هذا المدعي دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة
دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان له شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة وفرع شهادة الاصول فاستحقت التاخير في الذكر وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية
لزمت الاصل لا حق للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجري في العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة
الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم يجز لادى الى اتواء الحقوق ولهذا اجوزت وان كثرت اعني الشهادة على
الشهادة على الشهادة وان بعدت الا ان فيها شبهة اي لكن فيها شبهة البدلية لان البدل ما لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل
وهذه كذلك واعترض بانه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد احد الشاهدين وهو اصل واثنان
على شهادة شاهد اخر جاز واجيب بان البدلية انما هي في المشهود به فان المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الاصول والمشهود به
بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي واذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع واذا ثبت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط
بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وقوله او من حيث ان فيها زيادة احتمال معطوف على قوله من حيث البدلية يعني ان فيها شبهة من حيث ان
فيها زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة لذلك مع امكان الاحتراز
بجنس الشهود بان يزيد واتى عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر اقامة بعض قام به الباقون فلا تقبل في الحدود والقصاص قوله
وتجوز شهادة شاهدين اي تجوز ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وقال الشافعي لا يجوز الا ان يشهد على شهادة كل منهما
شاهدان غير الذين شهدا على الاخر فذلك اربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار كالمرأتين لما
قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فانه باطلاقه على
قولنا يقتضي الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان ولانه نقل الشهادة معطوف على قوله ولنا قول علي ومعناه ان نقل
شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا به فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الاخر شهدا بحق اخر غير الاول بخلاف شهادة
المرأتين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد ولا تقبل شهادة واحد على واحد خلافا لمالك فان الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسول
في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن
علي وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الاخبار قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد
الاصل لفرع من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود والفروع شرع في بيان كيفية الاشهاد واداء الفروع وقوله وصفة الاشهاد ان يقول
شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا او اشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب
عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر وانما قال كالنائب عنه لان الفرع لا محالة ان الفرع ليس بنائب عن الاصل في شهادته بل في المشهود
به ولا بد ان يشهد الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثلها كما ويجوز ان يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي والاول
اوضح لقوله لينقله الى مجلس القاضي وان لم يقل الاصل عند التحميل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد
قال ويقول شاهد الفرع هذا بيان كيفية اداء الفرع الشهادة يقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا بن فلان اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته اعني الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة المذكورة من ذلك
كله وهو اوسط العبارات وفيه اي وللشهادة الفروع عند الاداء لفظ اطول من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي
ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته فامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الان فذلك ثمان شينات واقصر
منه وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شي وهو اختيار الفقيه ابي الليث
واستاذه ابي جعفر وهكذا ذكره محمد في السير الكبير قال اشهد لي فلانا على نفسه ثم يشهد الشاهد على شهادته حتى يقول لم اشهد على شهادتي
لانه

لانه لا بد من التحميل بالاتفاق اما عند محمد فلان القضاء عنده يقع بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني بتخيير
عليه بين تضمين الاصول والفروع وذلك انما يكون بالتوكيل ولا توكيل الا بامره واما عندهما فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو شهد انا نا
على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجاز له ان يشهد على شهادته بل لا بد له من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة في اهلية
بحجة بنفسها ما لم تنقل ولا بد للنقل من التحميل ولقائل ان يقول كلام المصنف مضطرب لانه جعل المطلوب في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد
من النقل لتصير حجة وعطف عليه فيظهر بالنصب وذلك يقتضي ان يكون التحميل ما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل ذكر في الفوائد
الظهيرية قولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا يكون حجة الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد شهادة الاصل مزيف لان الفرع
لا تسمع الشهادة على الشهادة وان كان الاصل يشهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق اخر وهو ان الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بالتحميل
والتوكيل ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه وهو ان الشهادة مستحق على الاصل يجب عليه اقامتها ويأثم بكتمانها
متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان عنه بقضائه يجوز وان لم يكن بامره فباعتبار هذا لا يشترط الامر لصحتها
غير ان فيها مضرة من حيث ان فيه في ابطال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امره مضرة في حقه فباعتبار هذا
يشترط الامر وصار كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه وهذا الكلام حسن يدل الخلل
وما عبارة المشايخ في ملكه ليس فيها اشعار بما ظ وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول الشهادات بوجه اخر مفيد والله اعلم قال
ولا تقبل شهادة شهود الفروع قد تقدم ان مجوز الشهادة على الشهادة ماس الحاجة فلا يجوز ما لم يوجد فلا تقبل الا ان يموت الاصول او يغيبوا
مسيرة ثلاثة ايام او يمرضوا مرضا يمنعهم عن الحضور الى مجلس الحكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء لعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبر السفر
لان العجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة احكام كقصر الصلاة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية والجمعة
ومنع خروج المرأة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح له الا
شهاد دفعا للحرج واحياء لحقوق الناس قالوا الاول اي التقدير بثلاثة ايام احسن لان العجز شرعا يتحقق به كما في سائر الاحكام
التي عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان احسن والثاني ارفق وبه اخذ ابو الليث وكثير من المشايخ وروي عن ابي يوسف
ومحمد انه تقبل وان كانوا في المصر لانهم ينقلون قولهم فكان كنقل اقرارهم فان عدل شهود الاصول شهود الفروع جاز وحاصل ذلك
ان الفرعين اذا شهدا على شهادة اصلين فهو على وجوه اربعة اما ان يعرفهما القاضي او لا يعرفهما او عرف الاصول دون الفروع او
بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما يسأل عنهما وان عرف الاصول دون الفروع يسأل عن الفروع وان عرف
الفروع يسأل عن الاصول فان عدل الفروع الاصول ثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة
وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا انه من اهل التزكية وقوله غاية الامر رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح
الى ردهم
تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما قال رحمه الله بقوله غاية الامر اي غاية ما يرد فيه من امر الشبهة ان يقال
ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله
كما لا يتهم بشهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول في بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله
على موجب ما شهد به وان لم تكن له شهادة فيه في الواقع كيف يكون ذلك مانعا وانه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل
لان قوله في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما وان سكتوا
عن تعديلهم وقالوا لا نخبرك جازت شهادتهم ولكن ينظر القاضي في حال الاصول بالسؤال من المزكين غير الفروع عند ابي يوسف وقال
محمد لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان الماخوذ عليهم
نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوا فقد قاموا بما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة
كما اذا حضر الاصول بانفسهم فشهدوا واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول او لا فهو كذا وقولهم لا نخبرك سواء كانه اشار اليه بقوله فاذا لم
يعرفوها وقال شمس الائمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول غيرهم وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وان
صحه م
انكر شهود الاصل الشهادة فقالوا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت
بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو اي التحميل شرط شهادة الفروع قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين اذا شهد فرعان
على شهادة اصلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرنا الاصلان انهما يعرفانها فجاء المدعي بامرأة وقال الفرعان لا نعلم اهي ام لا يقال
للمدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد
من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده وشهدوا على المشتري بعدها انكر ان يكون المحدود بها
في يده لا بد من شاهدين اخرين يشهدان بان المحدود بها في يد المدعى عليه واذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود
وكذا اذا كتب قاضي بلد الى قاضي اخر ان شاهدان شهدا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان كذا فقضى عليه بذلك
فاحضر المدعي فلانا الى مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته هو فلان
المذكور في هذا الكتاب ليمكن الاشارة اليه في القضاء لانه اي كتاب القاضي الى القاضي في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال
ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل فلا يلزم ما قيل تمثيل كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الفروع غير مناسب لان العدد من شرائطهم دون

العدوم

الكتاب لان ديانة ووفور ولاية قام مقام الشهود وقال المشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي فلانة التميمية لم يجز حتى
ينسبها الى الفخذ وهي القبيلة الخاصة التي لا خاصة دونها قال في الصحاح الفخذ اقل العشائر اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم
العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال غيره ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل يجمع العمائر والعمارة بكسر يعني
العين يجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يكون الجامع العصائر وهذا اي عدم الجواز لان التعريف لا بد منه ولا يحصل بالنسبة
العامة والتميمية العامة عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون فكم يكون بينهم من الحذاف السامين واسامي ابائهم ويحصل بالنسبة
الى الفخذ لانه خاصة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد
لان الفخذ اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى في النسبة وهو اب الاب قال ——— قال ابو حنيفة شاهد الزور اشهره في السوق شاهد
الزور وهو الذي اقر على نفسه انه شهد بالزور او شهد بقتل رجل فجاء حيا وتشهيره تعزيره عند ابي حنيفة فيقول ولا اعزره يعني لا اضربه ولا
يوجعه ضربا ويحبسه وهو قول الشافعي ومالك لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالمعجمة من السخام
وهو سواد القدر او بالمهملة من الاسحم وهو الاسود ولا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه
مثلة وهو غير مشروع ولا بتبليغ التعزير الى اربعين لان مقصودهما اثبات ما نفاه ابو حنيفة من التعزير بالضرب فانه يدل على ان
اصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة قوله ولان هذه اي شهادة الزور كبيرة ثبت ذلك بالكتاب
وهو قوله فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور والسنة وهو ما روى ابو بكرة عن ابيه ان النبي عليه السلام قال الا انبئكم باكبر
الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى
قلت لا يسكت وتعدى ضررها الى العباد باتلاف اموالهم وليس فيه حد مقدر فيعزر ولابي حنيفة ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك
في زمن عمر وعلي والصحابة متوافرة وما كان يخفى ما يعمله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي عنهم وحل محل الاجماع ولان المقصود هو الانزجار وهو
يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه قد يقع مانعا من الرجوع فانه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع
للحقوق فوجب التخفيف من هذا الوجه وذلك بترك الضرب وحديث عمر رضي الله عنه محمول على سياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين
وهو منهي عنه قال عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم هذا تأويل شمس الائمة وقال شيخ الاسلام
بان المراد بالتسخيم التخجيل بالفضيحة والتشهير فان الخجل يسمى سوادا مجازا قال الله تعالى واذا بشر احدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وتفسير التشهير
ما نقل عن شريح انه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا اي مجتمعين او الى موضع يكون
اكثر جمعا للقوم ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة
ان عندهما ايضا يشهر والحبس والتعزير مقداره مفوض الى ما يراه الحاكم ولم يذكر المصنف ان هذا الاختلاف فيمن كان تائبا او مصرا او مجهول
الحال وقد قيل ان رجع على سبيل الندم لا يعزر من غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الخلاف التوبة
الذي قلنا ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك او لا فان كان فاسقا تقبل لان الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة
عند بعض المشايخ ستة اشهر وعند آخرين سنة قالوا والصحيح انه مفوض الى راي القاضي وان كان مستور الحال لا تقبل اصلا وكذا ان كان عدلا
على رواية بشر عن ابي يوسف لان الحامل له على ذلك غير معلوم وكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى ابو جعفر انه تقبل قالوا وعليه الفتوى
قال المصنف وفي الجامع الصغير وذكر ان فائدة ذكر رواية الجامع معرفة شاهد الزور بانه الذي اقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح
لانه نفي للشهادة والبينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص وظهر حيا اما لندرته واما لانه لا تمحيص له ان يقول كذبت او ظننت ذلك
او سمعت ذلك فشهدت وهو بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فجعل كانه قال كذلك

باب الرجوع عن الشهادة

يناسب هذا الكتاب بكتاب الشهادات وتأخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر اذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زورا
وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به او
شهدنا بزور فيما شهدنا فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الخصم لان الحق انما يثبت بقضاء
القاضي ولا قضاء هنا لان القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف هنا انما اتلفا شيئا لا على المدعي
ولا على المدعى عليه اما على المدعى عليه فظاهر واما على المدعي فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع ورجعا عنها صارا كاتمين للشهادة ولا ضمان
عليهما بكتمها وان كان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني يناقض الاول والمتناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينقض به حكم الحاكم
لئلا يؤدي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز ان يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى وليس للاخير لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم
وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام الآخر في الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان كذلك سواء واحتيج فيه الى الترجيح
وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضي وان
كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان التسبب منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض
وذلك ساقط العبرة فالضمان اجاب بقوله التناقض لا يمنع صحة الاقرار وعدم تعزيره من بعد واكتفى عن ذكر التعزير بما ذكره فعلام
في الفصل المتقدم قال ——— ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة حاكم سواء كان هو الاول او لا لانه فسخ
للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان فسخ الشهادة مختص بما تختص به الشهادة وهو
ممنوع

باب الرجوع عن الشهادة

ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار لذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان
الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة تامة والاقرار
بالضمان مرتب على ارتفاعها او ثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لا بقاء ويجوز ان لا يكون البقاء
مشروطا بشرط الابتداء لكونه اسهل منه لانا نقول لمجلس الحكم محلا في الابتداء او ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح فوجود
البيع في البيع فانه شرط الصحة وصحة البقاء ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان والشهادة جناية
في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واقام على ذلك بينة او يحلفهما واراد
تحليف الشاهدين لم يقبل القاضي بينته عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة
حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال لقبلت بينته لان السبب صحيح الضمير المستكن في ضمنه يجوز ان يكون للقاضي ومعناه
حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الآن ويجوز ان يكون للمدعي ومعناه طلب من القاضي تضمينه والالف واللام في قوله لان السبب بدل من المضاف
اليه وهو قوله البينة اي لان سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم وقيل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح وهو
الرجوع عند الحكم وليس بصحيح لان الدعوى ح ليست بمطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان قال ——— واذا شهد شاهدان بمال فحكم
به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه هذه المسئلة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم الا انه ذكرها لبيان خلاف الشافعي ولما في
بعدها من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي لا ضمان عليهما لانهما سببا الاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشر قلنا وجب عليهما
الضمان لانهما سببا الاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذا لم يمكن اضافته الى المباشرة وهنا كذلك لان المباشر هو القاضي واضافة
الضمان اليه متعذرة لانه كالملجأ الى القضاء بشهادتهم لانه بالتاخير يفسق وليس ملجأ حقيقة لان الملجأ حقيقة من يخاف على نفسه العقوبة في الدنيا
والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعذر استيفاؤه من المدعي
ايضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر التسبب فان قيل ما بالكم تركتم اصلكم المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد
شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وجعلتموهما كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب عليهما
القصاص جعل المسبب كالمباشر قلنا فعل المباشر والاختياري قطع النسبة او صار شبهة كما سيجيء وان الشافعي جعله مباشرا وروي عن علي رضي الله عنه
في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه ان
اليدين لا تقطعان بيد واحدة وجاز ان يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب
الرجم بالاتفاق وانما يضمنان لان الضمان انما يجب على الشاهدين اذا قبض المدعي ما قضي له به دينا كان او عينا وهو اختيار شمس الائمة
لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لا يتفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين
اخذ العين والزام الدين وبيان ذلك انهما اذا الزماه دينا بشهادتهما فلو ضمنا قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة
دين ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهدين بعد
الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمثل
واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما ازالاه عن ملكه اذا اتصل القضاء بها ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه
بعد ذلك فبازالة العين عن ملكه باخذ الضمان لا ينتفي المماثلة واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكه قبل القبض ينتفي المماثلة
كما ذكرنا والجواب ان الملك وان ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان ما في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن
الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي قال ——— واذا رجع احدهما ضمن النصف المعين في باب الرجوع عن الشهادات
ان بقاء من بقي لا وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من
الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى وعلى
هذا اذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادة من بقي نصف الحق قيل لا نسلم ذلك فان الباقي فرد لا يصلح لان يثبت
شيء به ابتداء فكذا بقاء واجيب بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز ان يصلح الفرد للاثبات ما لا يصلح في الابتداء الا ترى ان ذلك كما في النصاب
فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره واذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه لانه بقي من بقي بشهادته
كل الحق لان استحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة التامة واستحقاق المتلف يسقط الضمان فيما اذا اتلف انسان مال زيد فقضى
القاضي له على المتلف فلان تبعه بطريق الاولى لان الدفع اسهل من الرفع فان رجع اخر ضمن الراجعان نصف الحق قيل يجب ان
لا يجب الضمان على الراجع الاول اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فاذا رجع الثاني فهو الذي اتلف
نصف الحق فيقتصر الضمان عليه واجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق التبيين او الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان
بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما او لان
القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع عن ايجاب
الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء
ثلاثة ارباعه ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل فان شهد رجل وعشرة نسوة ثم رجع ثمان فلا

ضمان عليهن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ويتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل امراتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا كان كذلك صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وفي وجهه لانه الحديث على ذلك نظر وانما تم ان لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا كان كذلك كل رجل صار كانه شهد بذلك ستة رجال والجواب انه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء او مكررا فان الاطلاق كذلك فكذا ان رجع النسوة دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق وان شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان المراة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا يضمن عند الرجوع شيئا قال وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح وان شهدا على امراة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها او باقل من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة وانما يتقوم جواب عما يقال لو لم يكن المنافع متقومة لكانت بالتملك لذلك لان الخارج هو عين الداخل في الملك فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين تقومها في الاخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك انها انما تتضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه محل خطير كحصول النسل به ولهذا المعنى موجود في حالة الازالة الا ترى انه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط عند الازالة كالشهود والولي وموضعه اصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتاييده ولذلك ان شهد على الزوج بتزوج امراة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شهد باشتراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان قوله وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة لعدم المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة وان شهد باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض وهو يوجب الضمان قال وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمنا شيئا لما مر ان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان قيمة العين ضمنا للبايع الفا لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو مقابله الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البايع بان شهدا بالفين القيمة كالصورة المذكورة وبان البايع بالخيار ثلاثة ايام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لانهما اتلفا الزايد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبايع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فحيث لم يفعل كان راضيا به والرضا يسقط الضمان ولكن حكمه يضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري بزوايده والبايع لما كان منكرا الاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته فلو اوجب البيع في المدة لم يضمنا شيئا لانه ازال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا على رجل بانه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط بالارتداد او بمطاوعة ابن الزوج وعلل المؤكد ما على الموجب لشبهه به الا ترى ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المراة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه يجعل العقد كان لم يكن فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق النفقة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه اشبه الفسخ وان شهدا انه اعتق عبده فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير بدل وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل بمعنى ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق واجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه لا يصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف وانه لا يختلف بذلك قال واذا شهدوا بالقصاص ثم رجعا اذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل سببا فاشبه المكره اي فاشبه المسبب هنا وهو الشاهد المكره ان كان اسم فاعل او فاشبه القاضي المكره لانه كالملجى بشهادتهما حتى لو لم يقض الحق كفر ان كان اسم مفعول وقيل اشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لانه ليس ملجأ الى القتل وقوله بل اولى اي التسبيب ههنا اولى من الاكراه لان التسبب موجب من حيث الافضاء والافضاء ههنا اكثر لان المكره يمتنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وهو ظ ومستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه احد وليس له تعلق بما نحن فيه الا ان يكون اي الى المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا التسبيب لان التسبب الى الشيء هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف المكره لان الاكراه يفضي الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حياته ظاهرا ولقايل ان يقول ظهور ايثاره حياته اما ان يكون شرعا او طبعا والاول مم لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فانه يؤثر التشفي في القصاص ظاهرا ولهذا انتزل فقال ولان الفعل الاختياري معنى سلمنا ان ثمه تسببا ولكن الفعل

الاختياري

الاختياري يقطع نسبته ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فينقطع نسبته الى الشهود وسلمنا انه لا ينقطع نسبته الى الشهود ولكن لا اقل ان يورث شبهة تندرئ بها القصاص وان قيل لو اورثت شبهة لاندفع الدية ايضا لانه بدل القصاص اجاب بقوله بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما يندرئ بالشبهات سقوط ما يثبت بها وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك عن المباشر فعل اختياري تنقطع النسبة الى المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كالالة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه اصول الفقه وان رجع احدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فلولي المقتول الخيار في تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول ابي حنيفة خلافا لهما فانهما كانا عاملين للولي فيرجعان عليه وقال ضمنا لاتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره وتمام ذلك بما فيه وعليه يعرف في المختلف تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم قال واذا رجع شهود الفرع اذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول فاما ان يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا او يقولوا اشهدناهم غالطين او رجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم انكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهم ولا القضاء لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الاصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا وان كان الثاني فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنوا لهما ان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى يكون سببا للاتلاف وله ان الفرعين قاما مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القضاء والقضاء يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدالتهما فصار كانهما حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لما مر ان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الفروع والاصول عملا بالدليلين وذلك لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر ابو حنيفة وابو يوسف وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره محمد والعمل بهما اولى من اهمال احدهما فان قيل لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف اجاب بقوله والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق الا ان يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره وتاخير دليل محمد في المسالتين يدل على اختيار المصنف قول محمد وان قال شهود الفروع كذب شهود الاصول او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى قولهم ولا يبطل القضاء به لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يعتد به قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا اي اذا شهدوا بالزنا وزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا او كفارا فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما اخبروا من قول الناس انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابي حنيفة خلافا لهما لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو لذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التاثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب ليست اضافة الحكم اليه لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا قال واذا شهد شاهدان باليمين اذا شهدا على رجل انه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر او قال ذلك لامراته قبل الدخول بها واخران على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة رد لقول زفر فانه يقول الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهم وقلنا ان السبب هو اليمين لا محالة والتلف يضاف الى السبب دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لا يضاف الى الشرط كحفر البير مع الملقي فان الضمان عليه دون الحافر قوله الا ترى توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان لم يشهد بالدخول ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومال شمس الائمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط وفيما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى ورجع شهود الشرط قال بعض المشايخ انهم يضمنون لان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحفر البير فيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشرة الاتلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي او لا بخلاف مسئلة الحفر فان هناك تعلق الماشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فكذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط قوله ومعنى المسئلة يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر الباب والله اعلم بالصواب

كتاب الوكالة

عقب الشهادات بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى التعاضد والتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا فصارت كالمركب من المفرد فاخرت عنه والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القايم بما فوض اليه كانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة ولم يلحقه

الكتاب والسنة وهو ما روي انه وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وبالاجماع فان الامة قد اجتمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا
هذا وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطيها وركنها لفظ وكلت واشباهه روى بشر عن ابي يوسف اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع
عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذلك توكيل وامر بالبيع وشرطها ان يملك الموكل التصرف ويلزمه الاحكام كما سنذكره
وصفتها انه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قال كل عقد جاز
ان يعقده الانسان بنفسه هذا اصل بطريق يبتنى عليه ما يجوز التوكيل وما لا يجوز فان مبناه الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة فيحتاج
الى التوكيل وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل بشراء الاضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة بتزويجها اياه عليه السلام واعترض
على الضابطة بانها غير مطردة ومنعكسة اما الاول فلان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه واذا وكل غيره
ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل مسلما في الخمر لا يجوز وجاز ان يعقد الذمي بنفسه فيكوا اما الثاني فان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراؤها
ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة والجواب عن الاول ان محل العقد من شروطه لكونه المحل شرطا كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض
لان الدراهم التي استقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بانه تقرير للنقض لا دافع وبان التوكيل بالشراء جائز وما
ذكرتم موجود فيه والجواب انه من باب التخلف لمانع وفيه عدم المانع في الاحكام الكلية غير ممتنع لازم وان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو
ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذلك محل التوكيل بايفاء
القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل
المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز ان يمنع مانع عن التوكل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثاني بان العكس غير لازم وليس
بمقصود واعترض على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان
حكمة الحكم وهو يراعى في الجنس لا في الافراد ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شايع
ويكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة
وكذا بايفائها واستيفائها اما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي
الله عنه وكل عقيلا اي بالخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعدما اسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر واما بايفائها واستيفائها فلانه
جاز ان يباشر بنفسه فجاز ان يوكل به الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لا تجوز لان الحدود
تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا يستوفى بمن يقوم مقام الغير لان في ذلك ضرب شبهة كما في كتاب القاضي والشهادة على الشهادة
وشهادة النساء مع الرجال وقوله وشبهة العفو دليل على القصاص لان الحدود لا يعفى عنها وتقديره ان القصاص يندرئ بالشبهات
وهي موجودة لان شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفى ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي
قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي فانه يقول لما كان حق العبد يستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا
للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا تندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعني مستوفي الحدود والقصاص عند غيبة
لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر عدم الرجوع لان الاصل هو الصدق لا سيما في العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه
الشبهة اي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفى فان قيل اذا كان الموكل حاضرا لا يحتاج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه
بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته او لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره
استحسانا لئلا ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال ويجوز
الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بقي الحدود والقصاص داخلة
في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة واما قول ابي يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص
باقامة الشهود وقول محمد مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا اما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند
حضوره لابي يوسف ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء
ولابي حنيفة ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته
فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة لانا نقول الشرط
لا يصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود في الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانه يتعلق به
الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب بدفع ما عليه وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير
كونها معتبرة لا تمنع الدفع الا ترى ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة لكن هذا الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص
على موكله لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما فيه من شبهة عدم الامر
قال وقال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم اختلف الفقهاء في التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال ابو حنيفة
لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه الا ان يكون مريضا او مسافرا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم وهو قول
الشافعي فقال المصنف ولا خلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم ومعناه اذا وكل من غير رضاه هل يرتد برده او لا عندهما لا يرتد فعلى
هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم مجاز القول والايراد ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم للازم فيكون ذكر اللازم

وارادة

وارادة الملزوم وفيه بحث لانا لا نسلم ان الجواز لازم للزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز والحق ان قوله لا يجوز
التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم في معنى قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف
فيه لجواز ان التوجيه يحمله بجميع الفاظ التوكيل عنه ان تصرف في خالص حقه لانه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك
حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي اي بقبض الوكيل الديون وايفائها ولابي حنيفة
انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره الى مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالص حقه سلمنا
خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا
بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانها تتوقف على رضا الاخر وان كان تصرفا في خالص
حقه لكان الضرر الشريك فيتخير بين الامضاء والفسخ قوله بخلاف المريض بيان وجه مخالفة المستثنى المستثنى منه وذلك ان الجواب لم يستحق عليه
فكان خالص حقه ويزداد جوابا عن المنع ان توضيح الضرر اللازم بالمرض والسفر من التأخير والموت اشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحتمل
الاسهل والمرض المانع عن الحضور هو المانع الذي يمنعه عنه مطلقا واما المستطيع بظهر الدابة او الحمال فان ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد
فان بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح وارادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يصدق في مثله
دعوى ذلك الا انه ينظر الى زيه وعدة سفره او يسأل عن رفقائه كما في فسخ الاجارة ولو كان الخصم امرأة مخدرة ولم تكن جرت عادتها بالبروز وحضور
مجلس الحكم قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال المصنف وهذا شيء استحسنه
المتأخرون واما في ظاهر الاصل فلانه لا فرق عند ابي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة الا بالعذرين
المذكورين وعندهما تلزم في جوازها وقال ابن ابي ليلى يقبل من البكر دون الثيب والرجل قال ومن شرط الوكالة اي ومن شرط
الوكالة ان يكون الرجل الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد واما على
قول ابي حنيفة فشرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف فلان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم انه
جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس من يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي
والمجنون فيكون على مذهب الكل والمراد بذكر قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان الاب لكان من جنس التصرف
وقوله يلزمه الاحكام تحمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به
لانه لا يلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون بملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا
هذا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح ولا احكام لازمة فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزم ان الوكيل فانه ممن يملك
جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما ووجود المانع وهو قوله
رأيه قوله لان الوكيل دليل الشرط الماشرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل يملك التصرف
وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي يوكل فيه والثاني مسلم وينتقض
بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول مسلم فانه يملكه باهليته وكذا التصرف لنفسه صحيح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة
الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف به وبطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة والكلام فيه ولا ينافيه ان تكون له
ان يثبت شيء بامرين على البدل والحاصل ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث يلزمه احكام ما باشره الوكيل
باهليته في كل فرد وسواء كان الموكل ملكا او لا لعارض عرض في بعض وذلك لان مبناها على التوسع ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد
ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويقصده ان لا يكون
هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد وان يكون من اهل العبارة وهذا يشير الى ان معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في
صحة التوكيل لكنها ذكر في الكتب ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ان ما زاد على ده نيم في المتاع
وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار او ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه واذا وكل الحر
البالغ او المأذون البالغ مثلهما جاز توكيلهما كيف ما كان فرضهما بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وكل وكان
كان الموكل مالكا للتصرف والوكيل من اهل العبارة فيما صحيح لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه او فعل
المأذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن
وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما للصبي
لقصور اهليته والعبد لحق سيده ويعلم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومه حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ
لم يلزمه لان المانع قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلذلك لم يلزمه بعد البلوغ وان قيد بقوله محجورا عليه فيهما اشارة الى
انهما لو كانا مأذونين تتعلق الحقوق بهما لكن في المسألة تفصيل وهو ان الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل
بالشراء ان كان مؤجلا لم يلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الامر مطالبة البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يعقد الملك
للضامن في المشترى وليس هذا كذلك انما هذا التزام مال في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك بمعنى الكفالة والصبي المأذون لا يلزمه ضمان الثمن
ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن من حيث ملك المشترى

من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه والصبي المأذون من اهل ذلك والحجر ابى العبد المأذون الفا
على هذا التفصيل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد في بعض النسخ محجور والمراد به محجور ويثبت له خيار
النسخ لانه ما رضي بالعقد الا على ان الحقوق تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب لم يرض به قال والعقد الذي يعقده
الوكلا على ضربين العقود التي يعقدها الوكلا على ضربين ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل واخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه
كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا
توابعه واعتبره بالرسول وبالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة
عبارته لكونه ادميا له اهلية الايجاب والاستيجاب وكان العقد الواقع له منه ولغيره سواء واما حكما فلانه مستغن عن اضافة العقد الى الموكل
بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل اصيلا في الحقوق فيتعلق به قوله اذا قال العاقد
في المتن او قال لان الحقوق الخ يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم لان ذلك
كله من حقوق العقد قوله والملك يثبت للموكل خلافة جواب عما قال الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم متعلق بالموكل فكذا
توابعه وتقريره ان الملك يثبت للموكل ولكن بعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء او السبب العقد
موجبا حكمه للوكيل فكان قايما مقامه في ثبوت الملك للوكيل الى ان يتم وهذه طريقة ابي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا وقال شمس الايمة
قول ابي طاهر اصح وقال المصنف والصحيح فان قيل قول ابي طاهر كقول الشافعي فكيف يصح جوابا عنه مع التزام قوله فانه يقول الحكم وهو الملك
يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب انه ليس كذلك لان الشافعي يقول بثبوت الملك له بلا خلافة وانه في اصالة الحقيقة له لان التصرف للوكيل من جهة
حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل واعتبارها ولم يوجه اولى من اعمال الاخرى فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل عملا بما يقتضيه القياس لحصوله
بعبارته واهليته بطل التوكيل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا الملك للموكل لان الغرض من التوكيل واليه اشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل
الى ان قال فيتعين الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يتهب او يتصدق عليه او يصطاد فانه مولاه يقوم مقامه
في الملك بذلك السبب وقوله هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان
الاول هو الصحيح لان المشتري اذا كان منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملكه المشتري لكان ذلك واجيب بان نقول والعتق
يقتضي ملكا مستقرا كما في الزيادات فيمن تزوج امة ثم وكل رجلا حتى يشتريها فاشتراها صارت الامة مهر الحرة ولم يفسد النكاح وان ملكها الزوج لعدم
استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر بل ينتقل فيلزم ان لا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه
الحديث وقال القاضي ابو زيد الوكيل نايب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق يثبت له ثم ينتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن
في الحقوق وابا طاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا احسن قال المصنف في مسالة العيب تفصيل نذكره وارادما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشرا
بقوله اذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه قال وكل عقد يضيفه
الى موكله هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون
الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المراة بتسليمها لان الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه
لو اضافه الى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكان العقد صدر منه ومن صدر منه العقد رجع اليه الحقوق
كما في الضرب الاول قال المصنف وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اي يعني ان السبب في هذه العقود اسقاط
فيتلاشى ومعنى الاسقاط غير الحقوق ظاهر واما فيه فلان الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات ادم كالذكور
الا ان الشرع اثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك اسقاط فالنكاح مسقط ثم فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكم بغيره
ولقايل ان يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل في نقل الحقوق فلا فائدة في قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب انا قد قلنا في
الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل او يثبت له خلافة اعتبارا للتوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا للعبارة وهاهنا
الحكم لا ينفصل عن العبارة لان لا يحتمل شرط الخيار ولا يفيد لكونها للاسقاط فاذا بقي الحكم للوكيل او نقل العبارة الى الموكل والاول باطل
لانه بطل التوكيل فتعين الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيرا ولله دره على فضله وتنبيهه للطايف الاعتبار ات فجزاه الله عن الطلبة خيرا قوله والضرب الثاني من اخواته اي ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فمضيف
الى موكله والحقوق ترجع اليه لانه من الاسقاطات واما الصلح الذي هو جار مجرى البيع وهو الصلح عن اقرار فهو من الضرب الاول لانه مبادلة
مال بمال فكان كالبيع يتعلق حقوقه بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان او يتصدق بماله او توضه او يعيره دابته او يودع متاعه او يرهنه
فيقبض الوكيل وفعل ما امره به جاز على الموكل باضافته اليه مثل ان يقول وهبه لك موكلي او رهنته وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا ان
يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه قال المصنف لان الحكم فيها يعني في الصورة المذكورة يثبت في القبض والقبض يلاقي
محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا معناه اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى
محلا مملوكا لغير الوكيل كان نائبا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وهاهنا لم يتصل الحكم الا بانفصاله عنها انتقلت الى الموكل
بجعل العبارة سفارة فقيما احتاج الى القبض او الى الصفقة في العلة وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو الوكيل بالاستعارة او الارتهان
او الاستيفاء فان الحكم والحقوق يرجع الى الموكل دون الوكيل اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فلو اوجب ان يثبت الحكم للوكيل

للموكل ويتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وفي تحمل القبض له فصار
كما اذا قبضه لنفسه واما اذا وكله بعقد الشركة او المضاربة كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة قوله الا ان التوكيل بالاستقراض
باطل استثنا من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس واعلم اني اعيد لك هاهنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيدك ما لم
ذكره لكون الكلام من معادن الاراء فتطلب لك من جهة اسه وان تجمع ذهنك بخلافه فلا ملومة لان الجهد المقل دموعه التوكيل
بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز ورد بان التوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو
الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل اجيب بان ذلك محل ابقاء القرض لا الاستقراض وفي
التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس فيه على المستعير او الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل
والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالعبارة والامر بالاستعارة والاتهاب في محله فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيهما بجعلها
موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل
في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد فلما عوى يلزم في الذمة اذ لم يكن فيها بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض
وفيه بدل معتبر للايفا في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في محل واحد وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب بخلاف الرسالة في
الاستقراض قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للامر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول
ارسلني اليك فلان يستقرض منك كذا يثبت الملك للمستقرض معنى المرسل قال ـــــ واذا طالب الموكل المشتري بالثمن اذا طالب
الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اي المشتري اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اي ولانه
الوكيل عن ذلك صح وان دفعه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم تجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل
صح ولم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه فلا فائدة في الاسترداد منه ثم في الدفع اليه وهذا في غير الصرف واما
في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جوازه بالقبض وكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبض وقبل الموكل
لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض قوله وهذا توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشتري على الموكل دين وقع المقاصة
ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ولان المقاصة ابرا بعوض فيعتبر بالابرا بغير عوض ولو ابراه جميعا
بغير عوض وقع الكلام في معافي المشتري برا الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشي فكذا لك هاهنا فان قيل المقاصة تبنى
على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده اجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابرا بعوض وهو معتبر بالابرا بغيره و
للوكيل عند ابي حنيفة ومحمد ان يبري المشتري بغير عوض فكذا بالعوض لكنه يضمن للموكل في الابرا والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما
لان الابرا اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان الابرا مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو كان كذلك لما جاز الابرا من الموكل
ولا يضمن الوكيل والجواب ان الثمن حقه فجاز ابراؤه والابرا من الوكيل هو ذلك فاذا ابرا اسقط حق القبض وليس للموكل
حق قبض فلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة واشد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن يعتق الرهن
فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء الذي له والجواب القول بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل
لا حق له فاذا اسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا انفا قيل كان الواجب ان لا يجوز من الوكيل بيع يوجب المقاصة
لان غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب بان في المقاصة وصولا معنى ما اذا كانت بدين الموكل وضمانا اذا كانت بدين الوكيل
فلا مانع من الجواز

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة
وهو الوكالة بالبيع والشرا وقدم فصل الشرا لانه ينبي عن اثبات الملك والبيع ينبي عن ازالته والازالة بعد الاثبات قال ـــــ ومن وكل رجلا
بشرا شي اذا وكل رجلا بشرا شي بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته اي نوعه او جنسه وثمنه والمراد بالجنس والنوع هاهنا غير ما اصطلح
عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين
بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع
المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاحهم وبالنوع الصنف فمن وكل رجلا بشرا شي
فاما ان يكون معينا او لا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شي والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل ان يقول عبدا هنديا او تسمية جنسه
ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسماية درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار فان الجنس مجردا عن الوصف والثمن ـــ ذكره
غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل من الاتيان بما امر به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشرا
والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشرا بل شرا نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم
الاخر وهو التوكيل العام مثل ان يقول ابتع لي ما رايت فانه فوض الامر الى رايه فاي شي يشتريه يكون ممتثلا ولم يبق عن الامر والاصل ان الجهالة
اليسيرة متحملة في باب الوكالة استحسانا والقياس يأباه لان التوكيل بالبيع والشرا معتبر بنفس البيع والشرا فان يحمل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم
كالبائع من الموكل وفيه ذلك كجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اشتراط اعلام
الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان ما وضعناه توسعة ضيقا وحرجا وذلك خلف باطل فلا بد من بيان ان الجهالة اليسيرة وغيرها لنتميز ما يعطل
الوكالة عما لا يفسدها فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذاك معلوم صحة الوكالة به لا محالة وان ترك جميع ذلك ذكره فنظايره

اجناس مختلفة فذاك مجهول لم يصح الوكالة به لانه لو ان بين الجنس بان ذكر لفظا يدل على انواع مختلفة فان ضم الى ذكره بيان النوع او
الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا كانت
الوكالة باطلة بين الثمن او لا للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والبغال والحمير فقد
جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها
تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذلك يوجد من كل جنس ولا يدرى مراد
الآمر لتفاحش الجهالة اذا وصفها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن واذا قال اشتر لي عبدا تركيا او حبشيا او مولدا او
الدين ولدى في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت لانه يتقدر الثمن بعد النوع ممنوعا عادة فلا يتبع الامتثال
وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة وان لم يكن بذكر الصفة اي الجودة والرداءة والوسط
وفائدة ذكر وضع الجامع الصغير بيان ان الشعار لفظ اجناس مختلفة كما اشعرنا اليه قال ـــ ومن دفع الى آخر دراهم اي ومن دفع الى آخر
دراهم وقال اشتر لي بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا ياكل
طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح لانه مقدم على القياس والعرف في شراء الطعام ان
يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم فينصرف الى كل
مطعوم قال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل
اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان بين ذلك فعلى الدقيق وهذا ايضا يدل على ان ما ذكره اولا مطلق
اي سواء كانت الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى الحنطة ودقيقها وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل يخالف للاول
وهو قول ابي جعفر الهندواني وكذا ذكر في النهاية انه ليس بقول يخالف للاول بل هو تفصيل الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله
فقال في المبسوط بعدما ذكر ما قلنا ثم ان قلت الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها خبزا الا انه اذا كان لا يمكنه
غير ممكن فان يكن الادخار او قول في ذلك ان العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها [في الهامش: في الحنطة م — تحقيقه]
وسطها يعين ما اراد ما عينه العرف وقد تعرض ما يترجح على ذلك وتصرفه الى خلاف ما حمل به عليه مثل ان الرجل اتخذ الوليمة فدفع دراهم
كثيرة فيشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا اوقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك قال ـــ واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب
واذا اشترى الوكيل ما وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشتري بيده او دفعه الى الموكل فان كان الاول فله ان
يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان الثاني لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان
في الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا اي ولكون الحقوق كلها اليه كان خصما لمن يدعي في المشتري ملكا كدعوى
كالشفيع وغيره كالمستحق قبل التسليم الى الموكل قال ـــ ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم اذا وكل شخصا بان يعقد
عقد الصرف او تسليم مثيل مما فعل جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في اول كتاب الوكالة ولو وكله بان يقبل السلم
لا يجوز لان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه العين على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الدين
واعترض بان قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب ان يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبان التوكيل بالشراء جائز لا محالة
والثمن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز ان يكون الحال للمسلم اليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه واجيب عن الاول بان الموكل
يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص
على خلاف القياس يقتصر على مورد النص والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الامر به وعن الثاني بانا لا ننافي اذا كان المبدل في
ذمة شخص واحد يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل في الشراء ملك المبدل في ذمته فان قيل فيجعل المسلم فيه في ذمة الموكل واما ان
كان في صورة الشراء او الجواب هو الجواب عن السوال الاول المذكور آنفا واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في
ذمته وراس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق في ذلك بين ان يضيف العقد الى نفسه او الى
الآمر لاطلاق ما يدل على بطلانه ولا بد من قبض بدل الصرف وراس مال السلم في المجلس فان قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه
سواء كان ممن يتعلق به الحقوق او ممن لا يتعلق به كالصبي والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما وان فارق صاحبه قبل
القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض قال شيخ الاسلام وهذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فيه
فان الموكل يصير كالصارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل غير الوكيل غير معتبرة لانه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد قوله بخلاف الرسول
متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع في بعض النسخ بخلاف الرسولين اي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من
الجانبين في السلم اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم فكذلك الرسول ومعناه ان الرسول اذا قبض
لا يصح العقد بقبضه لان الرسالة في العقد لا في القبض والا كان افتراقا بلا قبض واذا كانت فيه ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول
قبض غير العاقد فلم يصح قال ـــ واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله
ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية اي صار الوكيل كالبائع من المشتري لثبوت اماراتها فانهما اذا اختلفا في مقدار الثمن
تحالفا وان واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري رده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة فان قيل ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه
قلنا

قلنا الفرع المحض باصل وجوده يدل على وجود اصله فلا امتناع في كونه دليلا وانما الممتنع كونه علة لاصله واذا كان
الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري من جهته يرجع عليه قوله ـــ ولان الحقوق دليل آخر وتحقيقه ان التبرع
انما يتحقق اذا كان الدفع بغير اذن الموكل والاذن هاهنا دلالة لان الموكل لما علم الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع
علم انه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضيا بذلك آمرا به دلالة وهلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط
الرجوع لان يده كيد الموكل فان لم يحبس صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل
فلا يبطل الرجوع وللوكيل ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وللبائع حق حبس المبيع لقبض
الثمن وعلى هذا لا فصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع او لا وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار
قابضا بيد الوكيل فصار كانه سلمه اليه والحبس في المسلم غير متصور وللنافي في ذلك طريقان احدهما ان يقال التسليم
الاختياري يسقط حق الحبس لان المبادلة تقتضي الرضى وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا لا يمكن التحرز عنه
لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكن ان يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس والثاني
ان يقال ان قبض الوكيل في الابتداء متردد بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حقه وانما يتبين احدهما
بحبسه فكان الامر فيه موقوفا في الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان كان حبسه كان عاملا لنفسه
وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف يعتبر الاقل من
قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان
المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة يسقط الثمن به قليلا كان او كثيرا وضمان الغصب عند زفر يجب مثله
او قيمته بالغة ما بلغت ولا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر
زفر يقول منعه حقه بغير حق لما ذكرنا ان قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا ولهما اي لابي حنيفة
ومحمد ان الوكيل بمنزلة الموكل كما تقدم وللبائع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا احبس الوكيل فيسقط الثمن
بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس
واجيب ـــ بانه اذا حبس تعين انه كان بالقبض عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان واما
اذا لم يحبس فبقبضه كان للموكل فاشبه الرسول فهلك عنده امانة ولابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفاء
بعد ان لم يكن لانه لم يكن مضمونا على الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك فهو معنى الرهن لكن
لا معنى البيع لان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا الاثبات مدعاه وقوله بخلاف المبيع لنفي قولهما
يعني ان المشتري ليس كالمبيع هاهنا لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع وهاهنا لا ينفسخ اصل البيع يعني الذي بين الوكيل
وبائعه واجاب المصنف بقوله قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع ومثاله لا يمتنع كما لو
وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده ورضي به الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل قيل وهذا
مغالطة على ابي يوسف لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي
الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل
اذا هلك في يد الوكيل فيخرج الجواب عن موضع النزاع وانه لكما ترى فاسد لانه اذا فرض ان الوكيل بائع كان الهلاك
في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت حق التامل وجدت ما ذكر
عن ابي يوسف غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين البائع والمشتري
وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره احدهما قال ـــ واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم
وكل رجلا بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما ان يكون ذلك من لحم يباع منه عشرة
ارطال بدرهم او مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم فان كان الاول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي
حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل
اي في وكالة المبسوط في اخر باب الوكالة والبيع والشرى منه فقال فيه لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي
للمامور ولابي يوسف ان الموكل امر الوكيل بصرف الدراهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال والوكيل لم يخالفه فيما
امره وانما خالفه ظنه لقا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شيء لا سيما اذا ازداد خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبد بالف
فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ارطال ولم يامره بشراء الزيادة فظن ان ذلك المقدار يكفي درهما
وقد خالفه فيما امره به فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمامور به وفيه بحث من وجهين
الاول ان لا نسلم ان الامر لا يلزم الآمر شيء من ذلك لان العشرة ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا
لا يجوز على قول ابي حنيفة كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع واحدة لانها في ضمن
الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعا له والثاني انه اذا امره ان يشتري

له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما
يعني لا يلزم الامر منهما شي كالمسئلة حذو القذة بالقذة واجاب ـــــ عن الاول الامام حميد الدين بان في مسئلة الطلاق
وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك لا يقع لان ضمن ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه واما فيما نحن
فيه فالكل قصدي لان اجزا الثمن يتوزع علي اجزا المبيع فلا يتحقق الضمني في الشرا وعن الثاني صاحب النهاية
بحمل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه وحينئذ كان
للوكيل ان يحمل للموكل اي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه بخلاف من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا في القيمة
لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيبقى حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والي هذا اشار في التتمة
فقال لاني لا ادري ايهما اعطيه بحصته من العشرة لان قيمته لا تعرف الا بالحزر والظن وهذا لا يتمشى الا علي طريقة من جعل
اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط واما عند غيره فلا بد من تعليل اخر ولعل ذلك ان يقال اللحم وان كان من ذوات القيم
لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف
الثوب فان في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورقعة ورقعة واجله وكونه حاصلا
بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو اقل خللا قوله ـــــ بخلاف ما استشهد به جواب عن تمسك ابي
يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بالف وبيعه بالفين بان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له ورد بان الدرهم
ملك الموكل فيكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب ان الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا والحاصل
ان ذلك قياس المبيع علي الحاصل الثمن وهو فاسد لوجود الفارق واقل ذلك ان الالف الزايد لا يفيد بطول المكث
بخلاف اللحم ويجوز صرفها الي حاجة اخري باخره وقد يتعذر ذلك من اللحم فيتلف وان كان الثاني كان المشتري للوكيل بالاجماع
لوجود المخالفة لان الامر بنا ول السمين والمشتري هزيل فلا يحصل مقصود الامر قال ـــــ ولو وكله بشرا شي بعينه
ولو وكله بشرا شي بعينه لا يجوز له ان يشتريه لنفسه لانه يودي الي تغرير الملم لانه اعتمد عليه ولذلك لا يجوز لان فيه عزل
نفسه عن الوكالة وذلك بغيبة الموكل علي ما قيل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان اشتراه هو لا يملكه
لنفسه والموكل غايب وقع عن الموكل الا اذا باشر علي وجه المخالفة فلا بد من بيان ما يحصل به المخالفة فاذا سمي الثمن فاشتري
بخلاف جنسه او لم يسم فاشتري بغير النقود او وكل رجلا بشرايه فاشتري وهو غايب يثبت الملك في هذه الوجوه للوكيل لانه
خالف الامر فينفذ عليه اما اذا اشتري بخلاف جنس ما سمي فظاهر وكذا اذا اشتري بغير النقود لان المتعارف نقد البلد
فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكل وكيلا بانه مامور بان يحضره رايه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل
بنكاح امراة بعينها اذا انكحها من نفسه مثل المهر المامور به فانه يقع علي الوكيل لا علي الموكل مع انه لم يخالف في المهر المامور به واجيب
بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الي الموكل والموجود منه ليس بمضاف اليه حيث انكحها من نفسه فان النكاح من نفسه
هو ان يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف الموكل لا محاله فكانت المخالفة موجودة فوقع علي الوكيل واذا عرف به المخالفة فما عداه
موافقة مثل ان يشتري بالمسمي من الثمن او بالنقود اذا لم يسم او اشتري الوكيل الثاني بحضرة الوكيل فينفذ علي الموكل
لانه اذا احضره رايه لم يكن مخالفا قيل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشرا او النكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل
الثاني بحضرة الاول او فعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثاني
اذا طلق او اعتق بحضرة الاول لا يقع والروايات في الوحيدة والتتمة واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان
التوكيل تفويض الراي الي الوكيل وتفويض الراي الي الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الي الراي ولا حاجة فيهما
اذ الترداد عن مال الي الراي فجعلناهما مجازا عن الرسالة لانه يتضمن معني الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المامور
ينقل عبارة الامر لا بشي اخر وتوكيل الاخر والاجازة ليس من النقل في شي فلم يملكه الوكيل واما في البيع والشرا وغيرهما فان العمل
بحقيقة الوكالة ممكن لانه يحتاج فيها الي الراي فاعتبر المامور وكيلا والمامور به حضور رايه وقد حضر بحضوره او باجازته قال ـــــ
وان وكله بشرا عبد بغير عينه اذا وكله بشرا عبد بغير عينه فاشتري عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشرا للموكل او
يشتريه بمال الموكل وقوله هذا المحتمل يجوز ان يكون مراده النقد من مال الموكل وان يكون الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المصنف
وذلك لان هذه المسئلة علي وجوه لانه اما ان يضيف العقد الي مال الموكل او الي مال نفسه او الي دراهم مطلقة فان كان الاول
كان للامر حملا لحال الوكيل علي ما يحل له شرعا لان الشرا لنفسه باضافة العقد الي دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا لكونه غاصبا
لدراهم الامر وان كان الثاني كان للمامور حملا لفعله علي ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع الشرا لصاحب الدراهم ويجوز
ان يكون علي ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا علي الوجه الاول والثاني بفعله بالدلالة فانه كما يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف
الثمن الي غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفا الي دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة والاول اوليا لان بالاول
يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان يكون نواها للامر فهو له او لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل
لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه التوكيل بشي بغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد

بالاجماع

بالاجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لكونه دلالة ظاهرة علي ذلك لما مر من حمل حاله علي ما يحل له شرعا وان توافقا
علي انه لم يحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا اثبت جعله لغيره بالاضافة الي ماله او بالنية
له بالغرض عدمه وقال ابو يوسف يحكم النقد لان ما وقعه مطلق يحتمل الوجهين ان يكون له ولغيره فيكون موقوفا فمن اي المالين
نقد تعين به احد المحتملين ولان عدم تصادقهما يحتمل انه كان نوي للامر فيه قوله وفيما قلنا يعني تحكيم النقد حمل حاله علي الصلاح
لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشرا له كان غاصبا كما في حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك ان في النقد من مال
الموكل تفصيلا اذا اشتري بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشرا له وان نقد من دراهم الوكيل كان
له وان قوله نواه للموكل لا معتبر بالنقد وخلافا فيما اذا تصادقا علي انه لم تحضره النية وقت الشرا انه يقع للوكيل او يحكم
النقد وفي الاضافة الي مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري او يشتريه بمال
الموكل علي الاضافة اولي ولهذا قال المصنف وهو المراد عندي يعني الكلام في ان الاضافة الي اي نقد كانت ينبغي ان لا يفيد
شيا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب ـــــ عن ذلك بانا لا نقول ان الشرا بتلك الدراهم يتعين وانما
نقول الوكالة تتقيد به لم يكن الشري لغيره من موجبات الوكالة قوله والتوكيل بالاسلام علي هذه الوجوه انما خصه بالذكر
مع استفادة حكمه من التوكيل بالشرا نفيا لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا في مسئلة الشرا انه اذا تصادقا انه لم تحضره
النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وان الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا القايل
فرق بين مسئلة الشري والسلم علي قول ابي يوسف بان للنقد اثرا في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا احتمل
من له العقد استبان بالنقد وليس الشري لذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل قال ـــــ ومن امر رجلا بشرا
عبد بالف ومن وكل رجلا بشرا عبد بالف فقال قد فعلت وانكره الموكل فاما ان يكون التوكيل بشرا عبد معين او غيره
والاول سيجي والثاني اما ان يكون العبد ميتا عند الاختلاف او حيا فعلي كل من التقديرين اما ان يكون الثمن منقودا
او غيره فاما ان يكون ميتا والثمن غير منقود فالقول للامر لان الامر اخبر عما لا يملك استينافه سببه وهو الرجوع بالثمن
علي الامر فان سبب الرجوع علي الامر هو العقد وهو لا يقدر علي استينافه لان العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد فكان
قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع علي الموكل وهو منكر فالقول قوله فقوله لا يملك استينافه معناه
استيناف سببه فهو مجاز بالحذف وقوله فهو راجع الي مال ثمنا وان كان الثمن منقودا فالقول قول المامور لانه امين وان لم
يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك استيناف الشرا لكون المحل قابلا فلا يتهم في الاخبار عنه فان قيل
ان وقع الشرا للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل وعند ابي حنيفة القول للامر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا
راي الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك اي
للخروج عن عهدة الامانة ولا ثمن في يده ههنا يعني فيما نحن فيه فيكون الوكيل امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة
وان كان التوكيل بشرا عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سوا كان الثمن منقودا او لا بالاجماع اما
عندهما فانه يملك استينافه واما عند ابي حنيفة فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل لا يشتري شيا بعينه لا يملك شراه لنفسه
بمثل ذلك الثمن لا يملك في حالة غيبة الموكل علي ما مر ان شراه وكله به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته
بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع الشري له بخلاف ما اذا كان العبد غير معين فان فيه التهمة المذكورة من جانب ابي
حنيفة وان كان العبد هالكا والثمن منقود فالقول للمامور فانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير
منقود فالقول للامر لانه اخبر عما لا يملك استينافه ويريد بذلك الرجوع علي الامر وهو منكر فالقول قوله قال ـــــ ومن
قال لاخر بعني هذا العبد لفلان اذا قال رجل لاخر بعني هذا العبد لفلان يعني لاجله فباعه منه فلما طلبه منه فلان اي ان
يكون امره بذلك فان لفلان ولاية اخذه فان قوله السابق يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة والاقرار بالشي لا يبطله الانكار
اللاحق فلا ينفعه الاقرار اللاحق فان قيل لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون للشفاعة كالاجنبي طلب تسليم
الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك اي لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي
قرينة من الشفعة وليس القرينة موجودة فيما نحن فيه وان قال فلان لم امره ان تم بدا له ان ياخذه لم يكن له ان ياخذه لان الاقرار
ارتد بالرد الا ان يسلمه المشتري له اي الا ان يسلم المشتري له العبد المشتري لاجله اليه ويجوز ان يكون معناه الا
ان يسلم فلان العبد المشتري لاجله وقوله يسلم ضمير يعود الي المشتري بنا علي الروايتين بكسر الرا وفتحها فيكونان بمعنا
وعليه العهدة اي علي فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشتري لشخص ثم سلمه
المشتري لاجله ودلت المسئلة علي ان وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود
التراضي الذي هو ركن في باب البيع قال ـــــ ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ومن امر رجلا بان يشتري له
عبدين باعيانهما ولم يسم ثمنا فاشتري احدهما جاز لان التوكيل مطلق عن قيد شرائهما متفرقين او مجتمعين فقد لا يتفق
الجمع بينهما في الشرا الا فيما يتغابن استثنا من قوله جاز اي جاز شرا احدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل

بالشرا وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش ولو امره ان يشتري له بالف
وقيمتها سوا فعند ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما
سوا وكل ما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لوقوع الامر بذلك دلالة فكان امر الشرا كل واحد بخمسمائة ثم الشرا بذلك موافقة
وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلا او كثيرا فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا
والقياس ان لا يلزم الامر اذا اشترى احدهما بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف قبل
الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان ان شرا الاول قائم فاذا اشترى الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل
العبدين بالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جا الصريح وامكن العمل به بطل الدلالة وقال ابو يوسف
ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري ببقيته الباقي جاز لان
التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد بالتعارف وهو فيما يتغابن فيه الناس لكن لابد ان يبقى من الالف ما يشتري به الباقي
ليحصل غرض الامر قال ومن له على اخر الف درهم فامره بان يشتري بها عبدا معينا صح على الامر
ولزمه قبضه او مات قبله عند المامور لان تعيين المبيع كتعيين البايع ولو عين البايع جاز كما سنذكره فكذا اذا عين المبيع
بالاتفاق وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فان لم يقبضه الامر فهو له كذلك وان مات في يد الوكيل قبل ان يقبضه
الامر مات من وكيل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للامر اذا قبضه المامور وعلى هذا الخلاف اذا امر من عليه الدين ان
يسلم ما عليه او يصرف ما عليه فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف ولابي حنيفة
بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات
دينا كانا او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد وما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق
والتقييد فيه سوا فيصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل كيده وصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين ولابي حنيفة
رحمه الله انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت ونقل الناطفي
عن الاصل ان الوكيل بالشرا اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره بان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير
الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمسلتان يدلان على ان الوكالة في النقود تتعين بالتعيين لكن المذكور
في الكتاب لا يفصل بين ما قبل القبض وما بعده والاخرى يدل على انها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب قال في النهاية هذا على
قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا يتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال
محمد رحمه الله في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف درهم جارية واراه الدراهم ولم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم
ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالة قبل التسليم بلا خلاف
لان الوكالات وسيلة الى الشرى فيعتبر بنفس الشرى والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشرى قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة
الى الشرى واما بعد التسليم الى الوكيل هل يتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتعين لما ذكرنا وعامتهم على انها لا تتعين ثم قال
وفايدة النقد والتسليم على قول العامة توقيت بقا الوكالة ببقا الدراهم المنقودة وهذا قول منهم بالمتعين بالتعيين لان المراد به التوقيت
ببقايها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه ولقايل ان يقول فعلى هذا في كلام المصنف نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة بقول
بعض المشايخ فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه في الزيادات من التقييد بعدم التسليم ثم قال صاحب
النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة له مخصوص به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضي خان مسلة تدل على ذلك
ورد بانه يخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا ولو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشرا بطلت
الوكالة بل انما قيد المصنف بذلك ليلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها
مقامها فيصير كان عينها باقية فكان الاستهلاك لبيان ذلك وبيان بطلان الوكالة بالاولى واذا تعينت هو تتمة الدليل وتقريره
انها تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة
على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من اخر شيئا بذلك الدين الذي
له على عمرو فانه لا يجوز لذلك او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها
فكان ما ادى المديون الى البايع او الى رب الدين ولا يملكه الداين قبل القبض والامر بدفع ما ليس يملكه باطل وصار كما اذا قال
اعط مالي عليك من شيت باطل فانه امر بصرف ما لا يملكه الامر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه قوله بخلاف ما اذا عين البايع
يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البايع او المسلم اليه فان التوكيل صحيح لازم للامر لانه يصير البايع اولا وكيلا عنه في القبض
ثم يتملكه وذلك ليس بتمليك من غير من عليه ولا امرا بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى شيا بدين على اخر ينبغي ان يجوز
بجعله وكيلا بالقبض اولا لكونه معينا واجيب بان عدم الجواز هناك لكونه بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير وقوله بخلاف جواب
عن قياسهما على الامر بالتصدق ولم يذكره في الكتاب وقدمناه في قياس دليلهما وذلك ظاهر وقوله واذا لم يصح التوكيل رجوع الى اول
البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشرا عبد غير معين لم يعلم بايعه غير صحيح نفذ الشرا على المامور فاذا هلك عنده هلك من
ماله

ماله قال ومن دفع الى اخر الفا رجل دفع الى اخر الفا وامره بان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الامر اشتريتها بخمسمائة
وقال المامور اشتريتها بالف فالقول للمامور ومراده اذا كانت تساوي الالف لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن
عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر والقول قول المنكر فان كانت الجارية تساوي خمسمائة فالقول
للامر لان الوكيل خالف الى شر حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما تساوي الفا فيضمن فان لم يكن دفع
الالف اليه فالقول للامر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة الى شر وان كان قيمتها الفا فمضى قوله فالقول للامر يعني فان
يجب ويتبد فيه ما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان يلزم الامر سوا قال المامور اشتريتها
بالف او باقل منها لانه لما اشتراها بالف كان موافقا للامر وان اشتراها باقل كان مخالفا الى خير وذلك يلزم الامر وهذا لان
في هذا الفصل بيان لان منزلة البايع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف
فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما ويلزم الجارية المامور وفيه مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف
اعتبر المخالفة والامانة واذا لم تقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحاكم في ذلك والجواب ان في الاول سبقت الامانة
المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني قال ومن امره ان يشتري له هذا العبد واذا امره بشرا
عبد معين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البايع الوكيل فالقول للمامور مع يمينه قيل لا تحالف
هاهنا وهو قول ابي جعفر الهندواني لان تصديق البايع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشا العقد ولو
انشاه لزم الامر فكذا هاهنا بخلاف المسلة الاولى فان البايع ثمة غايب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه وقيل يتحالفان
كما ذكرنا فان قيل المذكور فيه فالقول قول المامور مع يمينه والتحالف يخالفه اجاب بقوله وقد ذكر يعني محمد رحمه الله معظم
يمين التحالف وهو يمين البايع لان البايع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري
وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت اعظم اليمينين فاذا وجبت
على المدعي فعلى المنكر اولى قوله وعلى البايع بعد استيفا الثمن جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البايع
بان البايع بعد استيفا الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فبقي الخلاف
والتحالف قال المصنف وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر قال في الكافي وهو الصحيح

فصل في التوكيل بشرا نفس العبد

لما كان شرا العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسايل فصل التوكيل بالشرا
لكنه شرى صورة فناسب ان يذكر في فصل على حدة والتوكيل بشرا نفس العبد من مولاه على وجهين ان يوكل العبد رجلا
ليشتريه من مولاه وهو المسلة الاولى وان يوكل العبد رجلا ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل
وكلام المصنف يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل والمفعول وذكر احدهما
متروك مثل ان يقول في توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجل قال واذا قال العبد لرجل اذا وكل العبد
رجلا بان يشتري له نفسه من مولاه مثلا بالف درهم ودفعها اليه فلا يخلو اما ان يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه او لم
يعينه فان عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولا للمولى اما انه حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق
على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شرا العبد نفسه قبول منه للاعتاق ببدل والمامور سفير
حيث اضاف العقد الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه واما ان الولا للمولى فلانه اذا
كان اعتاقا اعقب الولا للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة والحقيقة يجب العمل بها مهما
امكن وقد امكن اذا لم يعين فيحفظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة غير ممكن لانه توكيل بشرا شي
بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب سياتي بخلاف شرا العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز
واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف اخرى ثمنا للعبد فانه اي الثمن
في ذمة المشتري لان الاول لم يصح قال في النهاية وهذا ظاهر اذا وقع الشرى للمشتري واما اذا وقع الشرى للعبد نفسه
حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير وفيما اذا وكل بين الوكيل للمولى انه يشتريه
العبد هل يجب على العبد الف اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت وفي كلام
المصنف ما يشير اليه فانه جعل شرا نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا بلا بدل وهذا احد وجهي الحمل
بشرا العبد من غير العبد يعني ان يوكل اجنبي اجنبيا يشتري العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشرا
اشتريته لموكلي لوقوع الشرا للموكل لان العقد يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفي الحالين اي
حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله يتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان اما ما نحن فيه فان احدهما اعتاق
يعقب الولا ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولا وموجب الجناية
عليه وربما يتضرر به والاخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان
وشبه المصنف عسى بكاد فاستعمل استعماله وقوله ولا مطالبة على الوكيل هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق

والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل هكذا
ذكر في وكالة الجامع ووجهه ان توكله بشرا العبد للعبد كتوكله بشراه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا
ووجه الاول هو الصحيح ان الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من
قبض المعقود عليه شي فلا يتوجه عليه شي من المطالبة بتسليم البدل قال ـــــ ومن قال لرجل اشتر لي نفسي من مولاي
هذه هي المسالة الثانية ومن وكل عبدا ليشتري نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان
اضاف الى نفسه بان قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى فالعقد او العبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شرا نفسه لانه اجنبي
عن ماليته لانها لمولاه حتى لو اقر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله
بغيره من اموال المولى او كتوكيل اجنبي بشرا نفسه الا ان ماليته يعني هو اجنبي عن ماليته الا ان ماليته بيده حتى لو اراد المولى ان يحبسه
بعد البيع لاستيفا الثمن لكونها مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير مسلما فيسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل
انه ليس بقبض للموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز اجيب بان كون مالية العبد في يده امر حسي لا مرد له
وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر وفيه نظر لان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض
الوكيل امر حسي لا مرد له وكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام بمكان لا يحل في غيره الا بالاعتبار وجاز ترك
الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فلانها لا تنفك عن نفسه فاذا اخرج نفسه عن ملك البايع وماليته لا ينفك تسلمت اليه
ولا حبس بعد التسليم فاذا اضافه الى الآمر نتيجة الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شرا نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا
عن غيره في شرا مال اذا اضاف العقد الى الآمر صح فعله امتثالا فيقع العقد له قياسا على توكيله بشي وفعله وقوله فيقع للآمر
يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكر في الجامع فان اضافة العقد الى الموكل انما يفيده الملك اذا وجد
الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بنا
على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما يأتي فانه اعتاق على مال معدود الواحد يتولى طرفيه فيتم
بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قلت اذا اضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن اجيب بانه في ذمة العبد
لكونه العاقد فان قلت قد يكون محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق واجيب بان الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه
فان المباشرة يستدعي به تصور صحة المباشرة فهو اذن وان اضاف الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه
اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة فان قيل العبد وكيل بشرا شي بعينه فكيف جاز له ان يشتري لنفسه اجاب
بقوله لكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم وان اطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على
ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وعدمه فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف
ان يقع عن باشره وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة
البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته
بالنسبة اليه غير مقصوده ورضي المولى بذلك واليه اشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان
المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة
الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ
لما فرغ من انواع بيان احكام الشرا بانواعه ذكر احكام
الوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشرا انه فهو وجه تاخير البيع قال ـــــ الوكيل بالبيع والشرا لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده اذا
وكل شخصا بالبيع والشرا او بهما لا يجوز له ان يعقد مع من لا تقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقييد لعموم المسة عند ابي حنيفة
رحمه الله بمثل القيمة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه وعبارة الكتاب تدل على ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز
وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة
ولا بد من تقرير الاقوال قبل الدلايل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشرا مع من لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة في البيع
وباقل منها في الشرا فهو جايز بلا خلاف وعكسه غير جايز لذلك وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ما ذكر في
الذخيرة جاز عندهما وبمثل القيمة عندهما جايز باتفاق الروايات غير جايز عند ابي حنيفة في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في
الكتاب وفي رواية المضاربة جايز اذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جانبهما قوله لان التوكيل مطلق اي عن التقييد
بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانه اما ان تكون
من حيث ايثار العين او المالية وليس شي منهما بموجود اما الاول فلان الاملاك متباينة حيث يحل للابن وطي جاريته نفسه ولو لم يكن
ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطيها ولا يحل له وطي جارية ابنه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك
يوجب انقطاع المنافع واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه واذا وجد المقتضي والمانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي
وانما لم يجز من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جايز لان الواحد لا يتولى طرفيه
كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما في البيع وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام مقابلة بمحل واحد في حالة واحدة
وكذا

وكذا المولى حق في اكساب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته ولا تزوج عبده وينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي حنيفة
القول بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة وكانت موضع امانة وهي
موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة اشارة الى
فان قيل ما الفرق لابي حنيفة في تجويزه بيع المضارب من هولا بمثل القيمة ظهر الربح او لم يظهر مع ان له قبل ظهوره حكم الوكيل اجيب
بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز ان يجوز تصرفه
مع هولا نظرا الى جهة الاستبداد والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف
القياس والصرف مشروط بشروط عري عنها غيره فكان مما يتوهم عدم جوازهما مع هولا فبين ان الحكم فيهما كما في غيرهما سواء كذا
قيل قال ـــــ والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الوكيل بالبيع يجوز ان يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف عرفا اذ التصرفات
لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشرا الفحم بايام البرد
وبالجمد بكون المعتبر ما اشتد من الحاجة العيد وتسميته للاسم بالمصدر بايام الصيف والاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من
تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل
من المريض كان من وجه الثلث والاب والجد لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشرا من وجه من حيث ان فيه اخراج
السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شرا فلا يتناولها مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف
الى الكامل ولابي حنيفة القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع
التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قوله والبيع بالغبن الفاحش ينزل في الجواب يعني سلمنا ان المطلق يتقيد
بالمتعارف لكن البيع بالغبن او بالعرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة او لغيرها وعند التبرم
من العين وعند ذلك لا يبالي بقلة الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون
داخلا تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه او تظهر مكابرته والمسايل المذكورة مروية عن ابي يوسف على ذلك الوجه
واما عند ابي حنيفة فهي على الاطلاق والبيع بالغبن او العين بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن او
بالعين فلما حمل هذا ايها مطلقا في الثمن حمل في الوكالة كذلك واعترض بانه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه
في البيع في ذلك النوع الا ترى انه لو حلف لا ياكل لحما فاكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشرا اللحم لو اشترى الوكيل لحما
قديدا وقع على المشتري لا على الآمر واجيب بان التوكيل بشرا اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع
فيها عادة فلا يقع التوكيل فيه فعرف بهذا ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك واما البيع بالغبن فلا
يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظ واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه لملكه
الاب والوصي اجاب بقوله غير ان الاب والوصي لا يملكانه ومعناه ان كلا منهما في الامر المطلق بالبيع وهما ليسا مامورين سلمنا ذلك لكن
ليس امرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نسلم ان المقايضة بيع من وجه وشرا من وجه بل هي بيع من كل وجه وشرا من كل
وجه لوجود حد كل منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع وكل ما صدق عليه
هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشرا من كل وجه ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة
فالبيع والشرا ينطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البايع
عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشرا فيسقط ما قيل اذا كان بيعا من كل وجه وشرا من كل وجه فيما اذا رجح ابو حنيفة
جانب البيع وما قيل اذا كان شرا من كل وجه كان التوكيل به توكيلا بالشرا وهو لا يملك الشرا بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب
ان لا يجوز المقايضة الا اذا كان ما يقابله من العرض مثله في القيمة او باقل منه يسيرا كما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
وذلك لان الموكل اطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه ويجوز له ان يبيع ما عرض وان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا
يجوز له ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله فعليك بهذا او تطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين
البصيرة يجد المقصدي لمطمعه ان شا الله قال ـــــ والوكيل بالشرا يجوز عقده الوكيل بالشرا يجوز له ان يشتري
بمثل القيمة والغبن اليسير مثل الفاحش لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه او وجده خاسرا
الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشرا شي بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانتفا التهمة لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه وافاد
بقوله قالوا ان عامة المشايخ فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير ايضا وكذا الوكيل
بالنكاح اذا وكل زوج موكله امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه
هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشرا لانه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش
فقال والذي لا يتغابن فيه ما لم يدخل تحت تقويم المقومين فيكون مقابله ما يتغابن فيه قال شيخ الاسلام هذا التحديد
فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب فاما اذا كان ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشرا لا ينفذ على الموكل

لم يكن لم ذكر لكونه كالمودع
اذا اشترى الوديعة
عنده لم يكن للبايع اعتبارا
لاستيفاء الثمن

فنوقش بانه يخصص بملكه عن غيره له والشرا
عبارة عن تحصيل ملكه عن غيره فحصل
باخراج ملكه

وان قلت الزيادة كالعشر مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين اذ الداخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم
ولا حاجة ههنا للعلم به فلا يدخل وقيل الغبن اليسير وهو الظ وقيل الفاحش ويساعده سوق الكلام في العروض ده نيم
وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الآمر وان زاد على
ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينتقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارة
وكثرته ووقوعه في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعل اصلا
والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا او النصف من النصفه وضوعف بعد ذلك
بحسب الواقع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه قال واذا وكله ببيع عبده
فباع نصفه جاز واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق
والاجتماع فيجري على اطلاقه واستوضح بقوله الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فاذا باع النصف اولى وقالا لا يجوز
لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان
يختصما لان بيع النصف قد يقع الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقي قبل
نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما فان وكله بشرا عبد
فاشترى نصفه فالشرا موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل اما في التوكيل بالبيع والفرق لابي حنيفة ان التهمة في الشرا
حقيقة على ما هو من قوله فلعله اشتراه لنفسه على ما تحيل الى اخره وفرق اخر ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه
الاطلاق فيملك بيع العبد كله او نصفه واما الامر بالشرا فانه صادف ملك الغير فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي اطلاق الامر
وتقييده فيعتبر فيه العرف والعرف ان يشتري العبد جملة ولقايل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشرا لان
التوكيل بالشرا امر بالشرا والامر بالشرا صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح بحديث
حكيم بن حزام فان النبي صلعم وكله بشرا الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه
الى المتعارف عملا بالدلايل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه اولى
قال ومن امر رجلا ببيع عبده ومن امر رجلا ان يبيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري على البايع بعيب
فاما ان يكون ذلك بقضا او بغيره فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون بعيب يحدث مثله او لم يكن فان لم يكن فان لم يكن العيب
ظاهرا والقاضي عاين البيع او لم يكن فان كان لا يحتاج الى حجة من بينة او نكول او اقرار لان القاضي تيقن بحدوث
العيب في يد البايع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظ فلا يحتاج للرد اليها وان لم يكن فلا بد منها لا للقضا بل لانه اذا لم يعاين
البيع قد تشتبه تاريخه فيحتاج اليها لظهوره وقد لا يكون العيب ظاهرا كالعيب في الفرج والمرض الدق فيحتاج الى النسا
او الاطبا في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النسا والطبيب فيحتاج الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل
رد على الموكل فلا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد بالقضا فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل
فسخ على الموكل وان كان بعيب يحدث مثله فان رده ببينة او باباء يمين فكذلك لان البينة حجة مطلقة اي كاملة فيتعدى والوكيل
في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الامر وان رده باقرار لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو
غير مضطر اليه لانه امكنه السكوت او الانكار حتى يعرض عليه اليمين ويقضي بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينته
او بنكول الموكل لان الرد بالقضا فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه
ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فايدة الحاجة الى القضا القاضي لانه يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما ان يكون بعيب
يحدث مثله او لا فان كان الاول وكان اقراره لزم الوكيل وليس له ان يخاصم امره وعبر عنه بالبايع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل
وتقرر عليه بامر قد حصل من جهته فكانه باعه اياه لانه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضا والبايع
اي الموكل ثالثهما وان كان الثاني والرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما
فعلا غير ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة
على ذلك وكان ذلك رضى الموكل وفي عامة الروايات انه لا يلزم الآمر وليس للمامور ان يخاصمه لما ذكرنا انه بيع جديد في حق
ثالث وقوله الرد متعين ممنوع لان حق المشتري في الجزء الفايت ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذكر صورة الرد با
لبينه والنكول لعدم تاتيها لعدم القضا قال ومن قال لاخر امرتك ببيع عبدي بنقد اذا اختلف الامر والمامور
في اطلاق التصرف وتقييده فقال الامر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيه وقال المامور بل امرتني ببيعه ولم تقل شيا
فالقول قول الامر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد الامر من جهته اعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد
ما يخالف مدعاه وليس ذلك بموجود لان عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فانه ما لم يقل وكلتك
ببيع هذا الشي لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف دعواه
من الاطلاق ولو اختلف المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البر وقال المضارب

دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيا فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا ان في العقد ما
يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فكانت دلالة الاطلاق قايمة
بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع اخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما
فنزل الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر انما تم مطلق الامر بالبيع ينتظم نقدا ونسية الى اي جهة كانت متعارفة
عند التجار في تلك السلعة او غير متعارف فيها كالبيع الى خمسين سنة عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه
هو ما بينا في مسئلة تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما ومن امر رجلا ببيع عبده
فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان
التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرا وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا
وقيل التوى فيها هو ان ياخذ كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا
وانما لم يكن عليه ضمان لان الكفيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب
الاستيفا ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا
او كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون الكفالة
والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض فصل وجه تاخير
وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظ طبعا ووضعا واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل منهما ان ينفرد
بالتصرف لانه رضي براي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب
ليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر سوا كانا ممن تلزمهما الاحكام او احدهما صبي او عبد او محجور ان
كان التصرف مما يحتاج فيه الى الراي كالبيع والخلع وغير ذلك اذا قال وكلتكما ببيع كذا او بخلع كذا لان الموكل رضي
برايهما لا براي احدهما ولو مات احدهما او ذهب عقله ليس للاخر ان يتصرف والبدل وان كان مقدرا جواب عما يقال اذا
قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الراي بعده فيجوز ان يتصرف احدهما ووجه ذلك ان البدل وان كان مقدرا لكن
التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا اجتمع رايهما احتمل ان يزيد الثمن ويختارا من هو احسن ادا للثمن وقوله
الا ان يوكلهما بالخصومة استثنا من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر يعني ان احد الوكيلين لا
يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه الى الراي الا في الخصومة فان توكلهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر للافضا
الى الشغب في مجلس القضا وقوله والراي يحتاج اليه سابقا اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون
صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الراي والموكل رضي برايهما ووجه ذلك ان المقصود هو اجتماع الرايين يحصل في تقويم
الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك وقوله او بطلاق زوجته بغير عوض وما بعده معطوف على المستثنى فاذا وكل رجلين
بطلاق امراته بغير عوض فطلق احدهما وابى الاخر ان يطلق فهو جايز وكذا بالعتق المفرد وكذا اذا وكلهما برد الوديعة
او بقضا دين عليه لان هذه الاشيا لا يحتاج فيها الى الراي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى وعبارة الواحد فيه سوا ولو كان
بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فايدة لان حفظ
اثنين انفع فاذا قبض احدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مامور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه واما
منفردا فغير مامور بقبض شي منه وقوله وهذا اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شيتما او قال امرها
بايديكما لانه تفويض الى رايهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر واذا كان التطليق مملوكا منهما فلا يقدر احدهما على التصرف
في ملك الاخر قيل ينبغي ان يقدر احدهما على نصف تطليقة واجيب بان فيه ابطال حق الاخر فان قيل الابطال ضمني فلا يعتبر اجيب
بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع قولا ولانه متعلق بقوله طلقاها ان شيتما فان الطلاق فيه معلق بفعلهما
وهو التطليق معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فانه بدخول احدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل ففي قوله
طلقاها ايضا معلق بفعلهما ويقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف
الشرط وهو قوله ان شيتما فان قيل فاجعله مثل قوله امرها بايديكما مفوض الى رايهما اجيب بانه ليس يحتاج الى الراي بخلاف الامر
باليد قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به
والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برايه والناس متفاوتة في الارا وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الارا مدرك
بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رايا من الاول وايضا الرضى براي الوكيل ورد توكيله
متناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رايا من الاول او قويه في راي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضى برايه مما لا يجتمعان
ويمكن ان يجاب عنه بان الرضى العبرة للقوي في الراي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالراي
والتصرف في الامور ولم يات له بالتوكيل الظ من حاله انه ظن ان لا احد من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله ح متناقض
لظنه فلا يجوز قوله الا ان ياذن استثنا من قوله وليس للوكيل ان يوكل فانه ان اذن له الموكل او يقول اعمل برايك فقد رضي برايه

او اطلق التفويض الي رايه وذلك يدل على انا وبيع غيره في التصرف فيعطيه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا اجاز في هذا الوجه
يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي حيث
يقول وليس للقاضي ان يستخلف على القضا الا ان يفوض اليه ذلك الى اخر ما ذكرته قال وان وكل الوكيل بغير اذن موكله فوكله
بحضرته جاز لان المقصود حضور الراي وقد حصل قيل حد الوكيلين اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الاجازة
صرح بذكره في الذخيرة في الفرق بينهما واجيب بان صاحب الذخيرة قال محمد رحمه الله قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني
بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع اخر منها وشرط
اجازته قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او اول فاجاز الوكيل جاز حكي عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسلة
روايتان ولكن ما ذكر مطلق في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد
والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن به صار كالمعدوم وعاد الوكيل الثاني فضوليا وعقد
يحتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل في المسلتين روايتين ووجه عدم الجواز يدوبها ما ذكر ووجه الجواز ان المقصود حضور الراي
وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا احد وكيلي البيع وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد رحمه الله فانه
قال او الوكيل الاول حاضر او غايب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحضور لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا
بقوله او غايب فقط واما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الراي وقد حضر كما ذكرنا وتوجيه كونه فضوليا في احد وكيلي
البيع ليس كوكيل الوكيل لانه مامور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد
وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه
بالتصرف كان سكوته رضى لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضى لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده
بالتصرف بغير اذن من صاحبه هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم بالصواب قوله وتكلموا في حقوقه يعني اذا باع بحضرة الاول
حتى جاز فالعهدة على من يكون لم يذكره محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ فيه فكلهم من قال على الاول لان الموكل انما رضي
بلزوم العهدة عليه لا الثاني ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني وهو الاول والثاني كالوكيل للوكيل
الاول حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وان عقد الثاني في غيبة الاول
لم يجز لفوات رايه الا ان يبلغه فيجيزه كما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لحضور رايه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد
بغيبته جاز لان الراي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى رواية
كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر ربما باع بالزيادة على المقدار للاول لذكايه وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين
وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار
المشتري على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري واما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول
كان غرضه رايه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالات ان يوكل
الاهدى في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في الوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول
فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الاخر عنه في مجرد العبارة قال ـــــ واذا وكل المكاتب او العبد او الذمي بابنته اذا زوج العبد او المكاتب
او الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرة او باع او اشترى لها يعني تصرف في مالها بالبيع او الشرا لم يجز ذلك وانما احتاج الى التاويل لان
قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية وهو مجرد
عن التصرف المالي الا بتوكيل من غيره وليس بموجود واما الكافر فلا ولاية له على المسلم بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا
ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولانها ولاية نظرية وهي تحتاج الى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة
على المسلم فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد المرتد اذا مات على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي وان كان مستامنا
لان الذمي صار من اهل دارنا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت ولاية الذمي فالحربي اولى
واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع ان اسلم جاز والا فلا لانها ولاية نظرية
وذلك الى الوكالة النظرية بتا ويل المذكور او بان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة والملة مترددة لكونه معدوما في الحال لكنه
مرجو الوجود محبور عليه فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده وان اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فصحت
ولما كان ابو يوسف ومحمد تركا اصلهما في نفوذ تصرفات المرتد حصص قولهما بالذكر بقوله قال ابو يوسف ومحمد وان كان المسلة بالاتفاق

باب الوكالة بالخصومة والقبض

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشرى لان الخصومة
تقع باعتبار ما يجب استيفاوه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون لمطالبة البيع اولانها مهجورة شرعا او الثمن اولانها مهجورة
شرعا فاستحقت التاخير عما ليس بمهجور قال ـــــ الوكالة بالخصومة وكالة بالقبض الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اي بقبض
الدين والعين خلافا لزفر رحمه الله وبه او يقول رضي بالخصومة وليس القبض بالخصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض
فعل حسي ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك

وحده

وتعذر الاثبات لعارض من موت القاضي او عزله والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ومشايخ بلخ افتوا
بقول زفر لظهور الخيانة في الوكلا ولان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان
قد يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا
ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ونظير هذا التوكيل التوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه
وضعا يقال تقاضيته ديني وبديني واقتضيته منه حتى اي اخذته الا ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة
لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة رحمه الله
والجواب ان ذلك لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة على الوكلا لو ا وجه
على العرف فلا يملك القبض وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما
على القبض ممكن بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن لما مر انه يفضي الى الشغب في مجلس القضا وهو مذهب للمهابة
لمهابته قال ـــــ والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة والتوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله
فاذا اقتضى القبض واقام الخصم بينة على استيفا الموكل او ابرايه تقبل عنده فالا لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلا بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن
على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي الى الخصومات فلم يكن الرضى به رضا بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون
تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفا العين حقه
من وجه لئلا يمتنع قضا ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض
اذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك اصيل في حقوق
العقد والاصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا اقيمت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل
والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا اقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل
والوكيل بالشرا فانه خصم يطلب بحقوق العقد وبالقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك
البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البايع فانه اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب
يقبل قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه المسالة الجامع الصغير الوكيل بقبض الشفعة بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشرا
الشفعة منها بالوكيل بالشرا لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون هنالك كذلك واما الوكيل بالشرا فانه لا يكون خصما
قبل مباشرة الشرا قوله وهذا اشارة الى ما اشرنا اليه مما يتم به دليل ابي حنيفة وهو ان الوكيل بالتمليك اصيل في الحقوق قال ـــــ
والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث
لا مبادلة هناك لكونه بقبض عين الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فان وكل بقبض عبد له فاقام من بيده العبد بينة ان
الموكل باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولا يلتفت الى بينة ذي اليد في القياس لانها قامت لا على خصم وفي الاستحسان وقف
الامر حتى يحضر الامر لانه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده فيقتصر عليه حتى لو حضر الغايب تقام البينة وصار كما
اذا اقامها على انه عزله عن ذلك يقبل في قصر يده كذا هذا وكذلك اذا اراد الوكيل نقل المراة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض
العبد والى ربه قبضهما فاقامت المراة البينة على ان زوجها طلقها والعبد والامة على العتاق او مزيلها بيده على الارتهان
من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لا على خصم وفي الاستحسان تقبل في قصر يد الوكيل دون القضا بالطلاق والعتق والرهن
لانها تتضمن الطلاق والعتق والرهن ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في احدهما وهو اثبات العتق على الموكل
ولكنه خصم في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضا بالعتق على الغايب فقلنا بها في القصر دون غيره قال ـــــ واذا اقر الوكيل
بالخصومة على موكله سوا كان موكله المدعي فاقر باستيفا الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي جاز والا
فلا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا انه اذا اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة
واقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي
وهو قول ابي يوسف اولا لا يجوز في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول ابي يوسف والقياس اما شمول الجواز كما هو مذهب
ابي يوسف واما شمول العدم كما هو مذهبهم والفصل بين مجلس القضا وغيره استحسان وجه القياس ان الوكيل بالخصومة مامور بالمنازعة
لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر بالشي لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابرا
ويصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما
صح استثناوه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او يسلم المبيع وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثنا
قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة قال في النهاية هي مسالة مبتداة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد
يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو ايضا على هذا الخلاف كذا في المختلفات البرهانية وجه الاستحسان ان هذا التوكيل صحيح
قطعا من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وان احتمل

في ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فيذكر ما تقدم فيه وذلك اي ما يملكه الموكل مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم
اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى المطلق
مجازا على ما سياتي تحريا للصحة قطعا قوله ولو استثنى الاقرار جواب عن سؤال تقديره ان وجه الانكار صحة الاستثناء بل لا يصح على
قول ابي يوسف لانه لا يملك الاستثناء الا ما يملكه يستلزم تعين الانكار عينا وقد لا يحل له ذلك كما مر انفا ولئن سلمنا صحته كما قال محمد
لكنه انما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه اياه وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان
يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فيتعين الانكار
وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد انه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب
ولم يصحح في المط لكونه مجبورا عليه قال في النهاية اي على الاقرار لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعى عليه الى الاقرار
بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا وكيله الا ان الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا
تجري في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فايدته ولقايل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر
المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المط مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين
وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا ولم
يذكر المص الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى
الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز الجواز وفيه نظر فان افضاها اي الصلح او الابراء ان لم يكن اشد من افضائها الى الاقرار فهو
مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان يجوز الاستعارة والاولى ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف
الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا او بنعم والصلح عقد اخر يحتاج الى عبارة اخرى خلاف ما وضع للجواب
وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا قوله فبعد ذلك شروع في بيان ماخذ الاختلاف
الواقع بين العلماء الثلاثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة
على موكله يقول ابي يوسف في التسوية بين مجلس القاضي وغيره الوكيل قايم مقام الموكل واقرار الموكل لا يختص بمجلس القاضي فكذا
اقرار نايبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة تناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا لما مر انه انصرف الى مطلق الجواب
ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا من
حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضا فلا اقرار خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به اما انه خصومة مجازا
فلانه خرج في مقابلة الخصومة فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير لانه لا يصلح مجوزا شرعيا او لان الخصومة
سبب الاقرار فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف لكن اختصاصه بمجلس القضا
فلان المط اتيانه بالمستحق والمستحق هو الجواب في مجلس القضا فيختص به ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل
لان المط كان اولى باذنه للغض قوله لكن استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير
مجلس القاضي ليس بجواب كان الجواب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي
خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القاضي فانهما اذا ادعيا
شيا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع اليهما لانهما خرجا من الولاية
والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا قال ـــــ ومن كفل بمال عن رجل ومن كفل
بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا الا بعد براءة الكفيل ولا قبلها اما بعد ابراء الكفيل
فانها لم تصح حال التوكيل لما لم يذكر لم ينقلب صحيحا كمن كفل لغايب ثم اجازها بعد ما بلغته فانها لا تجوز لانها لم تقع ابتدا لعدم
القبول فلا ينقلب صحيحا اما قبل البراءة فان الوكيل من يعمل لغيره وهو ط والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه في ابراء ذمته
كالمحال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فانه لا يصير وكيلا لما قلنا ونوقض بتوكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من
الدين فانه ابراء صحيح وان كان عاملا في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير واجيب بالمنع مستندا الى ما ذكره شيخ الاسلام ان
المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع سلمنا لكن الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا في
التوكيل بالقبض واعترض بان عمل الوكيل لنفسه ضمني لكون الموكل اصلا في اثبات الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر واجيب
بانا لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فالقول بالضمنية الوكالة لطريانها عليها كما لو طرت الكفالة عليها فانه ينقضها قال
المحبوبي في الجامع الصغير الوكيل بقبض الدين اذا ضمن للموكل يبطل الضمان وتبطل الوكالة والجواب ان الناسخ يجب ان يكون اقوى
من المنسوخ او مثله والوكالة اقوى من الكفالة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دونها فلا يجوز ان تكون الوكالة ناسخة
وان جاز عكسه قوله ولان قبول قوله دليل اخر وتقريره ان الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه وكيلا امينا ولو صحت الوكالة ههنا انتفى
اللازم وهو قبول قوله لكونه مبريا نفسه وانتفا اللازم يستلزم انتفا الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك الوكالة
فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن للغرما قيمته ويطالب العبد بجميع
الدين

الدين فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بينا ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا للقيمة
كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ به نفسه فيكون التوكيل باطلا قال ـــــ ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض دينه ومن
ادعى انه وكيل فلان الغايب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقر على نفسه لان ما يقبضه الغريم خالص حقه
لان الديون تقضى بامثالها فما اداه المديون مثل حق رب المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على
نفسه يؤمر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغايب فصدقه فيها والا دفع الغريم اليه ثانيا لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت
الاستيفا لان القول في ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضا وهو سقوط الدين باداية الى الوكيل
والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر بيمينه واذا لم يثبت الاستيفا فسد الاداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع
ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع ابراء ذمته ولم يحصل له فله ان ينقض وان ضاع في يده
لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف ان الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا رجوع عليه ولانه بتصديقه اعترف انه
مظلوم في هذا الاخذ يعني الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين
في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا
هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه قوله الا ان يكون استثنا من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا اذا
كان ضمن الوكيل المديون على رواية التشديد بان قال له اضمن لي ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب من ماله
ارجع عليك بما دفعته اليك او ضمن الوكيل للمديون وقال انا ضامن لك ان اخذ منك الطالب ثانيا ارد عليك ما قبضته منك على
رواية التخفيف فانه يرجع على الوكيل ح لان الماخوذ ثانيا مضمونا على رب الدين في زعم الوكيل والمديون لانه غاصب في حقهما
فيما يقبضه ثانيا فكانه قال انا ضامن لك ما يقبضه فلان وهو ضمان صحيح لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين
بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه اي يذوب اي يكون كل واحد منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه
ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا لان فرع التكذيب سياتي عقيب هذا ودفعه اليه على ادعايه فان
رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه
رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا اي جواز الرجوع في صورة التكذيب اظهر منه في الصورتين
الاولين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع
على الغاصب وقوله لما قلنا اشاره الى قوله وان دفع اليه على رجاء الاجازة فانه لم يملكه الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر
تصرفا لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر
المص ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يستحلف اولا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي حنيفة ويحلف على قولهما لانه ادعى عليه ما لو اقر به
لزمه فاذا انكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وله ان الاستحلاف يبتني على دعوى صحيحة وما لم يثبت نيابته عن الامر لم يصح دعواه
فلم يستحلف ولم يذكر ما اذا اقر بالوكالة وانكر الدين والحكم على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بنا على ان الوكيل بقبض الدين عنده يملك
الخصومة وقد ثبتت الوكالة في حقه باقراره ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بمال الغير بحق
القبض فانه اقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف الدين على ما مر ان الديون تقضى بامثالها
فكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض فان دفعها اليه فحضر الغايب وانكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع
فهل للمودع الرجوع اولا فهو على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه مصدقا لا يرجع وان صدقه وضمنه او سكت او كذبه فدفعها
اليه يرجع ان لم يكن العين في يده باقية وان كانت باقية اخذها لانه ملكها بالضمان واما الاسترداد قبل حضور الغايب فغير
جايز لما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى اي لان
مال الوديعة لا يبقى مال المودع بعد موته وروى صاحب النهاية عن خط شيخه رحمهما الله بنصب ماله ووجهه بكونه حالا كما في كلمته
فاه الى في اي مشافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين
وارى انه ضعيف لان الحال مقيد للعامل فكلمته يجوز ان يكون مقيدا بالمشافهة اي كلمته في حال المشافهة واما قوله لا يبقى مال
الوديعة حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظ والظاهر فيه الرفع على انه فاعل لا يبقى اي لان المودع ما دام حيا
كان اقرار المودع اقرارا بملك الغير لكونه من اهل التمليك فلا يصدق فان ادعى الغير البيع عليه ولقايل ان يقول قد تقدم
بان المسلتان في فصل القضا بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكرهما هناك باعتبار القضا وههنا
باعتبار الدعوى ولهذا اصدرهما بقوله ولو ادعى وهناك بقوله ومن اقر ومع هذا لا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة
بالخصومة والقبض يفيد المناسبة قال ـــــ فان وكل وكيلا بقبض دينه ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بقبض ذلك المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه
فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه قال المص لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسلة كذلك
والاستيفا لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق الى تحليف رب الدين ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية لجانبه فان

حلف مضى القضا وان نكل تبع القابض فيسترد ما قبض ولا يستحلف الوكيل لانه نايب والنيابة لا تجري في الايمان وقال زفر رحمه الله
احلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل اذا اقر بذلك بطلت وكالته فيجوز ان يحلف عليه والجواب
ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف الوارث يحلف انه لا يعلم
استيفا مورثه لان الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة قال وان وكله بعيب في جارية اذا وكله
برد جارية بعيب فادعى البايع رضى المشتري بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف ما مر من مسئلة الدين لان
التدارك فيها ممكن ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند ظهور الموكل واما ههنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضا
والقضا بالفسخ ماض على الصحة عند ابي حنيفة لان القضا في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا او باطنا وان ظهر
الخطا بالنكول وعلى هذا لا يحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف
فايدة واعترض بان الوكيل اذا ردها على البايع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضى بالعيب واسترداد الجارية وقال
البايع لا سبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البايع ولو كان القضا ماضيا على الصحة
لم ترد الجارية على المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد فاما على قول ابي حنيفة فلا سبيل للامر على الجارية سلمنا
ان هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجبه دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضى الامر بالعيب
ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما في الاقالة على وجوه الرضى من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضا باطنا كما لو قضى
باجتهاده في حادثة وثمه نص بخلافه وقالوا هذا الاصح فعنده بما فعندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا اي على هذا
الاصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وتدفع الجارية ولا يوخر الى تحليف المشتري
لان علم التاخير الى تحليف رب الدين انما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطا وذلك موجود في صورة الجارية
لان قضا القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطا القاضي عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري
فلا يوخر الى التحليف وقيل الاصح عند ابي يوسف انه يوخر في الفصلين لانه يعتبر النظر للبايع حتى يستحلف المشتري
ان كان حاضرا من غير دعوى البايع فينتظر للنظر له اذا كان غايبا قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها
ومن دفع الى اخر عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة التي انفقها من ماله بمقابلة العشرة
التي اخذه من الموكل لا يكون متبرعا فيما انفق قيل هذا استحسان ووجهه ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا والحكم فيه
ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه في الوكالة بالبيع والشرا عند قوله واذا دفع الوكيل
بالشرا الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا اي ما نحن فيه من
التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل بشرا ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شرا شي يحتاج لنفقتهم ولم يكن مال
الموكل معهم في تلك الحاجة فيحتاج ان يودي ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال وفي القياس
ليس له ذلك ويصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم الماخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين
في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا
وقيل القياس والاستحسان في قضا الدين وهو ان يدفع المديون الى رجل الفا ويوكله بقضا دينه منها فدفع الوكيل
غير ذلك من مال نفسه قضا عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا اراد المامور ان يحبس الالف التي دفعت اليه لا
يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضا الدين ليس بشرا فلا يكون الامر راضيا بثبوت
الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا فاما الانفاق فيتضمن
الشرا لانه امر بالانفاق وهو امر بشرا الطعام والشرا لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم يثبت
له حق الرجوع على الامر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا

باب عزل الوكيل

وجه تاخير العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم ان الوكيل اذا كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب او لا لان الطالب بالعزل
يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور اولا وان كان للمط فان لم يكن من جهة الطالب او من يقوم مقامه
فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة او لا فان لم يعلم فكذلك لانه لا ايثار للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا
ولهذا لم يذكره المص وان علم ولم يرده لم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات
الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان
لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل اخر منه ولم يذكر المص لان دليله يلوح اليه قال لما فيه من ابطال
حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه وصار اي صار التوكيل من جهة المط اذا كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها
عقد الرهن بان وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل
عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان
كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف عزل الوكيل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضي به او لا ولو كانتا متساويتين

لما

لما وقعت بينهما هذه التفرقة اجيب بان مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فاذا بطل الحق بطل العزل وفي
الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جايزا واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل
حقه في البيع اصلا اذ لا يمكن ان يطالب الراهن بالبيع قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته اذا عزل الوكيل ولم يبلغه
عزله فهو على وكالته وتصرفه جايز حتى يعلم لان في عزله اضرارا به من وجهين احدهما من حيث ابطال ولايته لان الوكيل يتصرف
على ادعا ان له ولاية ذلك وفي العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر لا محالة والثاني من حيث
رجوع الحقوق اليه فانه ينقد من مال الموكل اذا كان وكيلا بالشرا او تسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف
واحواله بالعزل فيضمنه فيتضرر به والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة
في المخبر في فصل القضا بالمواريث في كتاب ادب القاضي فلا يحتاج الى الاعادة قال وتبطل الوكالة بموت الموكل قد
تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الوكيل من غير توقف على رضى احد ومنها ما لا يجوز ذلك فيه الا برضا الطالب
ففي الاول يبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحوقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم
عبارة عما يتوقف وجوده على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن
الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدايه لان المتصرف يملك نقضه في كل لحظة فصار
كانه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة وينتهي فكان لكل جزء منه منزلة ابتدا العقد ولا بد في ذلك من الامر فكذا فيما هو بمنزلته
وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا يبقى الوكالة من بعد كما لم ينعقد منهم ابتدا ونوقض بالبيع بالخيار فانه غير لازم ويتقرر
بالموت واجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا تبطل
فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعل امر امراته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لما تعلق
حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدايه فلا يلزم بقا الامر وكلام المص عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه والجنون
المطبق بكسر البا هو الدايم وشرط الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغما فلا تبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند ابي يوسف
وروى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات
الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد وقال محمد اولا حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا وقال المشايخ
الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة فان
اسلم نفذت او قتل او لحق بدار الحرب بطلت فاما عندهما فتصرفاته جايزة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم
بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق وقد مر في السير اي كون تصرف المرتد موقوفا او نافذا في باب احكام المرتدين وان كان الموكل امراة فارتدت
فالوكيل وكيل حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا توثر في عقودها لانها لا تقتل بها خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج
الوكيل به من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من ان تكون مالكة للعقد
فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعد ما انعزل لا يكون وكيلا الا بالتجديد قال واذا وكل المكاتب ثم عجز واذا وكل المكاتب
ثم عجز او العبد الماذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع او الشرا بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل او لم يعلم واذا وكل احد
الشريكين ثم افترقا فكذلك لما ذكرنا ان ابقا الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب
بايفا ما وليه وله ولاية مطالبة استيفا ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتدا
بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذلك اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشي هو وليه ثم افترقا وافترقا واشهدا
انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقا عقد المفاوضة كتوكيلهما
فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقايل ان يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم
يله في الفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان للتوكيل جهتان جهة مباشرة وجهة كونه شريكا فان بطلت
جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاولى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل احدهما فيه كتوكيلهما فيبقى في حقهما واذا
وكل فيما لم يله كان للتوكيل جهة كونه شريكا للغير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعا واذا وكل احد شريكي العنان
وكيلا ببيع شي من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لان كلا منهما في حق صاحبه كوكيل ماذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود
وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد حصوله بالثاني وكلام المص ساكت عن التفصيل في المسايل جميعا كما ترى وفيه ما فيه
وقد اول بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما
اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فبطل ما كانت في ضمنها وهذا على تقدير صحته تخصيص لمسئلة الشركة لا غير على انه مخالف لعبارة
الكتاب قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيما هو من
جانب الوكيل فاذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه والامر مصدر مضاف الى
المفعول ومعناه الامر الذي كان مامورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان لدوامه حكم الابتدا وان لحق بدار الحرب
مرتدا لم يجز ان يتصرف فيما وكل به الا ان يعود مسلما قال المص رحمه الله هذا عند محمد اما عند ابي يوسف فلا تعود الوكالة والاعادة

مسلما بعد ان التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه ان الوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شي لموكله فاذا وكله رفع المانع واما
ان يحدث فيه اهليه وولايه فليس كذلك فانه يتصرف بمعان قايمه به وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة له
والاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض وان عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال
العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا ينزع الي تخصيص العلة وخلاصه معروف ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه
ان التوكيل ولاية التنفيذ فان الوكيل ان ملك تنفيذ تصرفه علي موكله بالوكاله وولاية التنفيذ بالملك اي بملك وولاية التنفيذ
ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا التنفيذ بالولايه وقد بطل الملك باللحاق لانه لحق به بالاموات
فصار كسايرا ملاكه واذا ابطل الملك بطل الولايه واذا ابطلت الولايه بطل التوكيل لئلا تخلف العله عن المعلول واذا ابطلت لاتعود
كملكه في المدبر وام الولد وانما يتوله لحق بالاموات الي ان فرض المسله فيما اذا قضي القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فانه
لم يخرج عن الوكاله عندهم جميعا بين الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو
قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولي ثابتة
له قبل التوكيل وبعده والثانيه لم تكن ثابته قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شي سوي التوكيل فكانت ثابتة به ولو
كان الموكل مسلما بعد القضا بلحاقه بدار الحرب مرتدا لاتعود الوكاله في ظاهر الروايه وعن محمد انها تعود كما في الوكيل لان
الموكل اذا عاد مسلما عاد اليه ماله علي قديم ملكه وقد تعلقت الوكاله بقديم ملكه فيعود الوكيل علي وكالته كما لو وكل
ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضا القاضي عاد الوكيل علي وكالته والفرق له علي الظ ان مبني الوكاله
في حق الموكل علي الملك وقد زال بردته والقضا بلحاقه وفي حق الوكيل علي معني قايم به ولم يزل باللحاق وابو يوسف
سوي في عدم العود بين الفصلين ولعل ايراد هذه المسله عند عروض العوارض المذكوره للموكل كان انسب لكن لما ذكر
العود ههنا اوقد ذكرها في هذا الموضع قال ـــــــ ومن وكل اخر بشي ثم تصرف بنفسه فيما وكل به ومن وكل او بشراني
الاثبات او الاسقاط اما اثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكاله فاذا وكله باعتاق عبده او بمكاتبته فاعتقه او كاتبه بنفسه
بطلت وكذا لو وكله بتزويج امراة معينة ثم تزوجها بنفسه حتي لو ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لانقضا الحاجة
بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فابانها فان له ان يزوجها لموكله لبقا الحاجة وكذا لو وكل بشرا شي بعينه فاشتراه بنفسه حتي لو باعه
ثم اشتراه المامور لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امراته فطلقها بنفسه ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق
ثم طلقها بنفسه واحدة او ثنتين بائنة كانت او رجعيه فان له ان يطلقها مادامت في العدة والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه
قادرا علي الطلاق كان وكيله قادرا عليه كذلك وكذا اذا وكله بالخلع فخلعها قوله لانه لما تصرف بنفسه تعذر علي الوكيل التصرف
فبطلت الوكاله لجميع ما ذكر ومبناه انقضا الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بالقضا
فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل او قيد بقوله بقضا قاض لان الموكل
اذا اقبله بالعيب بعد البيع بغير قضا فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخري بالاجماع لانه كالعقد المبتدا في حق غير المتعاقدين والوكيل
غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتدا وقال محمد ان يبيعه مرة اخري لان الوكاله باقيه لانه الاطلاق وهو باق والامتناع
كان لعجز الوكيل وقد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبه فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار في الرجوع فكان
ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بالقضا فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قدم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

لما كانت الوكاله بالخصومه لاجل الدعوي ذكر الدعوي عقيب الوكاله وهي في
اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق علي غيره وفي عرف الفقها ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته
وسببها تعلق البقا المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعي اما ان يكون راجعا الي النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية
المدعي وكونه ملزما علي الخصم فان ادعي علي غايب لم يسمع وكذا ان كان المدعي مجهولا لعدم امكان القضا وان ادعي انه
وكيل هذا الحاضر وهو منكر فلذلك لامكان عزله في الحال وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب علي الخصم بالنفي او الاثبات
ومشروعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضا دفعا للفساد المطلوب بقاها وفي دلالة الكتاب والسنة علي شرعيتها
كثرة قال ـــــــ المدعي من لا يجبر علي الخصومه اذا تركها والمدعي عليه من يجبر علي الخصومه الدعوي لا تحصل الا من مدع
ومدعي عليه فمعرفة الفرق بينهما من اهم ما ينبني عليه مسايل الدعوي فان النبي صلعم قال البينه علي المدعي واليمين علي من انكر فلا
بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب يعني القدوري المدعي من لا يجبر علي الخصومة اذا تركها
والمدعي عليه من يجبر علي الخصومة وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة يعني البينة او الاقرار كالخارج والمدعي
عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وهو ليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعي رد الوديعة ولعله
غير صحيح لان المدعي عليه من بيده فهو المستحق لا غيره وقيل المدعي من يلتمس غير الظ والمدعي عليه من يتمسك بالظ ومعناه قول من قال
المدعي كل من ادعي باطنا ليزيل به ظا او المدعي عليه من ادعي ظاهرا او قرار الشي علي هيئته والظ كون الاملاك في يد الملاك وبراة
الذمم فالمدعي هو من يريد ازالة الظ والمدعي عليه يريد قراره علي ما كان ولعله منقوض بالمودع فانه مدعا عليه ولكنه يتمسك

بالظ

بالظ اذا رد الوديعة ليس بظ لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعي المديون براة ذمته بدفع الدين الي وكيل رب
المال وهو ينكر الوكاله فالقول لرب الدين لان المديون يدعي براة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد
بالعكس بانه مدع ويتمسك بالظ وهو عدم الضمان وقال محمد المدعا عليه لكن الشاني معرفة من انكر والترجيح بالفقه عند
الحذاق من اصحابنا يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحديهما علي الاخري يكون بالفقه اي باعتبار المعني دون
الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة يدعي الرد صورة فلو اقام علي ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه
ايضا فكان مدعا عليه فاذا اقام البينه اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه
قال ـــــــ ولا تقبل الدعوي حتي يذكر شيا معلوما في جنسه وقدره قد ذكرنا ان معلومية المدعي شرط لصحة الدعوي فلا
من ذكر ما يعينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا كذا درهما ودينارا او كر الان
فايدة الدعوي الالزام باقامة الحجة والالزام في المجهول غير متحقق فان كان المدعا عينا في يد المدعا عليه كلف احضارها
الي مجلس الحكم للاشارة اليها في الدعوي والشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصي ما يمكن شرطا نفيا للجهالة وذلك في المنقول
بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف فان الاشتراك يحصل
فيها ممكن فاذا احضر شخص عند حاكم وقال لي علي فلان كذا درهما مثلا اشخص اليه لان الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك
فيجب علي المط حضوره في مجلس الحكم علي هذا القضاء من او لم الي اخرهم اي اجمعوا والاصل فيه قوله تعالي واذا دعوا
الي الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الي قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب
فاذا احضر وجب عليه الجواب بالاقرار والانكار ليفيد حضوره ولزم عليه احضار المدعي لما قلنا من الاشارة عليها ولزم
عليه اليمين اذا انكره وعجز المدعي عن اقامة البينه وسنذكر اي وجوب اليمين عليه في اخر هذا الباب قال ـــــــ
وان لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها يعني اذا وقع الدعوي في عين غايبة لا يدري مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها ليصير المدعي
معلوما لان ذكر الوصف لعين لا يكاد لان العين لا تعرف بالوصف وان بولغ فيه لامكان المشاركة فيه تمام فذكره في تعريفها غير مفيد
والقيمة شي يعرف به العين فذكرها يكون مفيدا وقوله وقد تعذر مشاهدة العين جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف
يعني والحال ان المشاهدة تعذرت واطلاق تركيبه لا يخفي قال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكوره
والانوثة بناء علي ان القضا بقيمة المستهلك بنا علي القضا بملك المستهلك عند ابي حنيفة لان حق المالك قايم في العين
المستهلكه عنده فانه صح الصلح عن المغصوب علي اكثر من قيمته فلو لم يكن عين المستهلكه ملكا له ما جاز ذلك لكون الواجب
ح في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة والصلح علي اكثر من جنس الدين لا يجوز وكذلك لا بد من بيان المستهلك
في الدعوي والشهادة ليعلم القاضي باذا يقضي فلا بد من ذكر الانوثة والذكوره ومن المشايخ من ابي ذلك لان المقصد في
دعوي الدابه المستهلكه القيمة فلا حاجة الي ذكر الذكوره والانوثة قال ـــــــ فاذا ادعي عقارا حدده اذا كان المدعي
عقارا فلا بد من ثلاثة اشيا تحديده وذكر المدعي انه في يد المدعي عليه وانه يطالبه به اما الاول فللاعلام باقصي ما يكون فيه
وذلك ان يكون ان يذكر البلده ثم الموضع الذي هو فيه ثم يذكر حدوده لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير
الي ذلك للتعريف ولا بد من ذكر اسما اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا كان معروفا عند ابي حنيفة وابن ابي ليلي فانه يستغني
عن ذكرها ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة علي ما عرف هو الصحيح فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفي بها
عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر ومن هذا يعلم ان ذكر الاربع لا يكفي بخلاف ما اذا اغلط في الحد الرابع وانث في الكتاب
باعتبار الجهة لانه يختلف به اي بالغلط في الحد المدعي ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر
الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهم لانه صار عقدا اخر بالغلط وبهذا الجواب يبطل قياس زفر الترك علي الغلط
وكما يشترط التحديد في الدعوي يشترط في الشهادة واما الثاني فلا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان المدعي في يده
وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعي عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة ان يشهدوا الشهود انهم عاينوا
انه في يده نفيا للتهمة المواضعه لان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا علي ان يصدق المدعي عليه المدعي بان
العقار في يد المدعي عليه ليحكم القاضي باليد للمدعي عليه حتي يتصرف فيه المدعي عليه فكان القضا فيه قضا بالتصرف
في مال الغير وذلك يفضي الي نقض القضا عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة واما الثالث
فلان المطالبه حقه فلا بد من طلب حقه وفي عبارته تسامح لانه يؤول الي تقدير فلا بد من طلب المطالبه فتامل ويمكن ان يجاب
بان المطالبه فيه مصدر بمعني المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا
بالثمن في يده وبالمطالبه تزول هذه الاحتمالات وعن هذا اي بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ في المنقول يجب ان يقول انه
في يده بغير حق لان العين في يد ذي اليد في هاتين الصورتين بحق وان كان المدعي في الذمة ذكر المدعي انه يطالبه به لما
قلنا يعني قوله لان المطالبه حقه فلا بد من طلبه وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبه لكن لا بد من تعريفه
بالوصف بان قال ذهبا او فضة فان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا او درهما جيدا او رديا او وسطا فاذا كان في البلد

نعقد وتختلف اما اذا كان في البلد نعقد واحد فلا حاجة الي ذلك وفي الحيلة لا بد في كل جنس من الاعلام باقصي ما يمكن التعريف
قال ـــــ واذا صحت الدعوي اذا صحت الدعوي بشروطها سال القاضي المدعا عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فانه
علي وجهين اما ان يكون امر ابالخروج عما لزمه بالحجة او بصير ما هو بصدده ان يصير حجة وذلك اما انه يعترف بادعاه او ينكره فان
كان الاول فالحكم فيه انا يامره ان يخرج عما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف علي قضا القاضي لكمال ولاية الانسان علي نفسه
فكان الحكم من القاضي امر بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع وان كان الثاني فالحكم فيه ان يجعل القاضي
الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضية ان يكون تصير حجة اذا قضي القاضي بها حجة في حق العمل مسقطا احتمال
الكذب فيها فاذن لا بد من السوال لينكشف له احد الوجهين فاذا سال فان اعترف به امره بالخروج عنه وان انكر سال
المدعي البينة لقوله عليه الصلاة والسلام الك بينة فقال لا فقال الك يمينه سال صلي الله عليه وسلم ورتب اليمين علي
فقد البينة فان احضرها قضي بها لانتفا التهمة عن الدعوي لترجح جانب الصدق عن الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه
استحلفه عليها لما روينا يريد به قوله عليه السلام الك يمينه ولا بد من طلبه الاستحلاف لان اليمين حقه الا تري كيف اضيف
اليه بحرف اللام في قوله الك يمينه قيل انما جعل يمين المنكر حق للمدعي لانه يزعم ان خصمه اتوي حقه بانكاره فالشرع جعل
له حق استحلافه حتي ان كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتوي بمقابلة اتوي وهو مشروع كالقصاص
وان كان الامر بخلاف ما زعم فالمدعي عليه ينال الثواب بذكر اسم الله صادقا ثم انما رتب اليمين علي البينة لا علي العكس
لان نفس الدعوي لا اثبات استحقاقه بها فطالبه القاضي بذلك لا علي وجه الالزام عليه بل علي وجه التذكير له فلو قدمنا
اليمين لم يكن فيه نظر للمدعي عليه اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فمن الجائز اقامتها بعدها وفي ذلك افتضاحه باليمين
الكاذبة وفيه نظر ـــــ باب اليمين لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوي وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين
يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين قال ـــــ واذا قال المدعي لي بينة حاضرة اذا قال المدعي لي بينة
حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف من ولا بد واليمين علي المدعي لانه قسم علي
الخصمين فجعل البينة علي المدعي واليمين علي من انكر والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه قوله
وجعل جنس الايمان علي المنكرين في قوله صلعم واليمين علي من انكر وليس وراء الجنس شي استدلال اخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي
وسياتي قال ـــــ ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق ولا يقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لانه مدعي عليه وليس عليه
البينة لما روينا وقيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوي النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك
من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشرا اثنين واحدهما اسبق تاريخ فان في هذه الصورة يقبل بينة ذي اليد بالاجماع
فان قيل اما انتقض مقتضي القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعي عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعي من الزيادة
من النتاج والعتق وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والمدعي فان قلت فهل يجب علي ذي الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعي
عليه قلت لا لان اليمين انما يجب عند عجز المدعي عن البينة وهم لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في الملك المطلق
فبينة الخارج اولي لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعيا وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد والمعتضد
اقوي فصار كما اذا اقاماها علي نتاج دابة وهي في يد احدهما او اقاماها علي نكاح ولاحدهما يد فانه يقضي لذي اليد وصار
كدعوي الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه
وهو يملكه فبينة ذي اليد اولي من بينة الخارج علي العتق وكذلك في دعوي الاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا
في الواقع لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يحصل
يلزم تحصيل الحاصل اجيب بانها ليست موجبة بنفسها حتي يزيل ما ثبت باليد وانما يصير موجبة عند اتصال القضا
بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعي عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينته مثبتة بل موكدة لملك ثابت والتاسيس
اولي من التاكيد بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل علي ذلك فكانت البينة مثبتة لا موكدة فكانت كل واحد من البينتين
للاثبات فيرجح احداهما باليد فان قيل كان الواجب ان يكون الخارج اولي لكونها اكثر اثباتا لانها تثبت اليد والنتاج وبينة
ذي اليد تثبت النتاج لا غير اجيب بان بينة النتاج لا توجب الاولية الملك وهما تساويا في ذلك وترجح ذو اليد باليد فيقضي
له قوله وكذا الاعتاق اي اليد لا يدل علي الاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ثم ترجحت
بينة ذي اليد قوله وعلي الولا الثابت بها اي بالاعتاق والاستيلاد والتدبير معناه ان البينتين في الاعتاق ونحوه
يدلان علي الولا اذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما وهما قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده قال ـــــ واذا
نكل المدعي عليه عن اليمين واذا نكل المدعي عليه عن اليمين قضي له كم عليه بالنكول والزمه ما ادعاه عليه لان النكول
عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك لا ينتصب حجة بخلاف يمين المدعي لانه دليل
الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل علي كونه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة او مقرا ان كان
اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لا قدم علي اليمين اذ لولا ذلك اقامة للواجب لانها واجبة عليه لقوله صلعم واليمين علي من
انكر

انكر وكله علي للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا ان يدفع او مقرا ان يدفع لان الترفع
والتورع انما يحل اذا لم يفض الي الضرر بالغير واعترض بان الالزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالي
قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان فالقضا بالنكول مخالفه وقال صلي الله عليه وسلم
البينة علي المدعي واليمين علي من انكر ولم يذكر النكول واليمين للمدعي فيعود اليمين الي جانب المدعي ولهذا بدا اما
في اللعان بالايمان من جهة الزوج لشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا وان كان مدعيا لان الكتاب
والسنة ليس ما يدل علي نفي القضا بالنكول لان تخصيص الشي بالذكر لا يدل علي نفي الحكم عما عداه والاجماع لا يدل
علي جوازه فانه روي اجماع الصحابة علي ذلك وما روي عن عمر رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول المدعا عليه
فقد روي عنه خلاف ذلك وروي عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين علي المنكر فقال ليس لك اليه سبيل وقضي بالنكول
بين يدي علي فقال له علي رضي الله عنه قالون وهو بلغة اهل الروم اصبت واذا ثبت الاجماع بطل القياس علي ان
اللعان عندنا شهادات موكدة بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معني اليمين فيها غير مفهم ولا يجوز ان
يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي لينكشف الحال لا رد اليمين فان رد اليمين لا وجه له
لما قدمنا في قوله ولا يرد اليمين علي المدعي قال ـــــ وينبغي للقاضي ان يقول له وينبغي للقاضي ان يقول للمدعي عليه
اني اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه لان الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفا
لعدم دلالة نص علي ذلك فيجوز ان يلبس عليه ما يلزمه بالنكول وهذا اولي من قوله لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي فيه خلافا
فيه لمالك غير مرة ثم العرض ثلث مرات اولي ليس بشرط لجواز القضا بالنكول بل المذهب فيه انه لو قضي به بعد مرة جاز لما
قدمنا ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار بشرط في شي منهما والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلا الاعذار
فصار كامهال المرتد ثلاثة فانه اولي وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر مبيح وقوله هو الصحيح احتراز عما قيل لو قضي بالنكول
مرة واحدة لا ينفذ لانه اضعف من البدل والاقرار فيشترط فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول القاضي احلف بالله ما هذا
عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا او لا شي منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم
تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضي عليه بدعوي المدعي قال ـــــ واذا كان الدعوي نكاحا اذا ادعي رجل علي امراة
انه تزوجها او بالعكس او ادعي بعد الطلاق وانقضا العدة انه راجعها في العدة وانكرت او بالعكس او ادعي بعد انقضا
مدة الايلا انه فا اليها في المدة وانكرت او بالعكس او ادعي علي مجهول انه عبده او ادعي المجهول ذلك او اختصما علي هذا
الوجه في ولا العتاقة او الموالاة او ادعي علي رجل انه ولده او والده او ادعت علي مولاها انها ولدت منه وهذا لا يتحقق
الا من جانب الامة لان المولي اذا ادعي ذلك ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الي انكارها او ادعت علي زوجها انه قذفها
بما يوجب اللعان وانكر الزوج او ادعي علي رجل ما يوجب الحد فانكره فانه لا يستحلف في هذه كلها عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان لهما ان النكول اقرار لانه يدل علي كونه كاذبا في الانكار السابق لما قدمنا
يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم علي اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل الثواب باجرا ذكر
اسم الله علي لسانه معظما له ودفعا لتهمة الكذب عن نفسه وابقا ماله عن ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوايد
الثلث والاقرار يجري في هذه الاشيا فيعمل بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندري
بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معني الحد فلا يجري فيه القضا وعليه نقوض اجاليه الاول ما ذكره في الجامع
رجل اشتري نصف عبد ثم اشتري النصف الثاني ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البايع ونكل عن
اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الاخر بنكوله
في المرة الاولي كما لو اقر في تلك المرة الثانية الوكيل بالبيع اذا ادعي عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو
كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط لان الرجل اذا قال تكفلت لك بما لك به فلان فادعي المكفول له
علي فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضي عليه بالنكول لا يقضي به علي الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي به
والجواب ان النكول اما اقرار او بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا
يفصل الخصومة وذلك بالاقرار او الانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم تنقطع الا باليمين فاذا نكل كان بدلا
عن الاقرار بقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت علي اعتبار كونه اقرار الا يرد علي تقدير كونه بدلا منه ومثل
هذا يسمي في علم النظر تغيير المدعي ولابي حنيفة ان النكول بدل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان
اليمين لا تبقي واجبة الي مع النكول الي وما كان كذلك فهو اما بدل او اقرار لحصول المقصود به لكن انزاله باذلا اولي كيلا
يصير كاذبا في الانكار السابق والبدل لا يجري في هذه الاشيا فانه اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل يودني فدفعت
اليه نفسي ان يسترقني او قال انا ابن فلان ولكن ابحث لهذا ان يدعي نسبي او قالت انا لست بامراته لكن دفعت له نفسي
واحت له الامساك لا يصح وعليه نعرض الاول انه لو كان بدلا لما ضمن شيا اذا استحق ما ادي بقضا كما لو صالح

عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى الثاني لوكان بدلا كان اي باقي الذمة ابتدا
وهو لا يصح الثالث ان الحكم واجب على اي كم بالنكول والبدل لا يجب له الحكم عليه فلم يكن النكول بدلا الرابع ان العبد
الماذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بدلا لما قضي لان بدله باطل اي من يقضي بالقصاص في الاطراف بالنكول وان كان
بدلا لما قضي لان البدل لا يعمل فيها والجواب عن الاول ان بدل الصلح وجب والعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد
الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعي يقول انا اخذ هذا بان ما وجب لي في ذمته بالقضا فاذا استحق
رجعت بما في الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة مم بل هو صحيح كما في الحوالة وساير المداينات وعن الثالث بان الحكم
لا يجب بالبدل الصحيح واما ما كان بدلا بحكم الشرع كالنكول فلا يوجب بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم سلم انه صح
عدم صحة البدل من الماذون بما دخل تحت الاذن كاهدا الماكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لا نسلم
ان البدل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا لحو ان يقول اقطع يدي وبها اكلة لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول
مفيد لانه يحترز به عن النكول اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين لا يقال ابو حنيفة ترك الحديث المشهور وقوله صلعم واليمين
على من انكر بالراي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين فايدتها وهو القضا بالنكول
لكونه بدلا لا يجري فيها سقطت لسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه ادا الصلاة لفوات المتعقب قوله وفايدة الاستحلاف يعني
ان قوله البدل في هذه الاشيا لا يجري ففات فايدة الاستحلاف لان فايدته القضا بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجري
فلا يستحلف فيها لعدم الفايدة وقوله الا ان هذا ابدل جواب سوال تقريره لوكان بدلا لما ملكه المكاتب والعبد الماذون لانه
فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه انفا انهما يملكان مما لا بد له من التجارة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك وقوله
وصحته في الدين جواب عما يقال انه لوكان بدلا لما جرى في الدين لانه وصف في الذمة والبدل لا يجري فيه ووجه ذلك ان البدل
في الدين ان لم يصح فاما ان يكون من جهة القابض او من جهة الدافع فان كان الاول فلا مانع ثمه لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على
زعمه وان كان الثاني فالمراد به ترك المنع وجاز له ان يترك المنع فان قيل فهلا جعل في الاشيا السبعة
ايضا تركا للمنع حتى يجري فيها اجيب بان امر المال هين يجب فيه الاباحة بخلاف تلك الاشيا فان امرها ليس بهين حيث لا
تجري فيها الاباحة وجعله ترك المنع وقوله الا ان هذا بدل لدفع الخصومة غير الترك وفي ذلك تسامح في العبارة والذي
ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لانه اولى قال ═══ ويستحلف السارق
اذا كان مراد المسروق منه اخذ المال يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فيجوز ان يثبت بالنكول
وعن محمد رحمه الله انه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع يقول له القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك
يمين وان قال اريد المال يقول له القاضي دع دعوى السرقة وابعث على دعوى المال قال المص فان نكل ضمن ولم يقطع
لان المنوط بفعله يريد النكول شيان الضمان ويعمل النكول فيه والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا اشهد عليها رجل وامراتان
بعد ابدل لك استعمال الحجة على الشبهة ويجوز ان يراد بقوله بفعله فعل السرقة واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول بها استحلف
الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال لما
قلت هل في تخصيص ذكر قبل الدخول فايدة قلت نعم تعليم ان دعوى المهر لا تتفاوت بين ان يكون في كل المهر او نصفه وفيه نظر
لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت
المال بنكوله ولا يثبت النكاح فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البدل لا يجري فيه كما تقدم
وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل بانه اخو المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه
او ترك من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف بري وان نكل يقضي بالمال طلب صح
والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحجر في اللقيط بان كان صبي لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت اخته حرة يريد قصر يد
الملتقط بحق حضانتها واردت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب وكذا اذا وهب لاخ ثم عينا ثم اراد الرجوع فيها فقال
الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب فان نكل ثبت امتناع الاخوة قوله لان المقصود هذه
الحقوق دليل المجموع اي دون النسب المجرد فان فيه تحميل على الغير وهو لا يجوز ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما
اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الاب في حق المراة دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير واما
المولى والمولود فان دعواهما يصح من الرجل والمراة اذ ليس فيه تحميل على احد فيستحلف وهذا بنا على ان النكول بدل عنه الاقرار الرجل وصح
فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار قال ═══ ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده
وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه
فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر او يحلف عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لزمه الارش فيهما لان الاقرار
فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال اذا كان القصاص لمعنى لجهة من عليه خاصة كما اذا اقر بالخطا والولي
يدعي العمد وفيما نحن فيه كذلك فانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطا واما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا اقام على
ما

ما ادعى عليه رجلا وامراتين او الشهادة على الشهادة فانه لا يقضي بشي لان الحجة قامت على القصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم
يشبه الخطا فلا يجب شي ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس وما دونها فان قيل ما الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت
المال فيها بعد انقطاع نفي القطع بشهادة رجل وامراتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال
ثمه اصل ويتعدى الى القطع واذا اقتصر لم يتعد منه الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد
شرطه وهو ان يكون مشروعا بطريق المنة للمحصنين للقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في صورة
الشهادة لعدم شبهها بالخطا ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري
فيها البدل الا ترى انه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وليس ذلك الا من اعمال البدل بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البدل حيثه
فانه لو قال اقتلني فقتله يجب القصاص في رواية وبالدية في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف تسلك مسلك الاموال لبيح قطع
يده من غير اثم اذا قال اقطع يدي كما يباح له اخذ ماله اذا قال خذ مالي اجاب بقوله الا انه لا يباح لعدم الفايدة حتى
لو كان القطع مفيدا كالقطع للاكلة وقلع السن للوجع لم يأثم بفعله وما نحن فيه من البدل اي الذي بالنكول مفيد لاندفاع
الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين احدهما انه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني
ان الخصومة يندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حقوق
العباد لانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله وهو لا يثبت بالشبهات كالاموال
والقطع في السرقة وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر
فلا يعدل عنه فظهر مما ذكرنا ان البدل في الاطراف جايز فيثبت القطع به وفي الانفس ليس بجايز فيمتنع القصاص واذا امتنع
واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا قال ═══
واذا قال المدعي لي بينة حاضرة فاذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فاما ان يكون المدعى عليه مقيما او مسافرا فان كان
مقيما قيل له اعطه كفيلا عن نفسك ثلاثة ايام فان فعل والا امر بملازمته اما جواز الكفالة بالنفس فقد تقدم واما جواز التكفيل
فهو استحسان والقياس يأباه قبل اقامة الحجة ووجه ذلك ان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى لو امتنع عنه يعان عليه
ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعي فانه يسير فيتحمل كالاعداء والحيلولة بينه وبين اشغاله واما التقدير
بثلاثة ايام فمروي عن ابي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والحقير من المال والخطير منه هو الصحيح وروي عن محمد انه ٧٠٠ وضرر المدعى عليه صح
قال اذا كان معروفا الظاهر انه لا يخفى شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يوخذ وكذا اذا كان المدعي
حقيرا لا يخفى المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه واما الامر بالملازمة فلئلا يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا
يكفل لعدم الفايدة لان الفايدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغايب كالهالك من وجه اذ ليس كل
غايب يؤوب وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة تقدر ان بمقدار مجلس القاضي اذ ليس فيه كثير ضرر وفي الزيادة عليه ذلك
زيادة ضرر بمنعه عن السفر وكيفية الملازمة ستذكر في كتاب الحجر ان شا الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والايمان الواجبة بين فيها ذكر صفتها لان كيفية الشي وهي ما يقع به المشابهة
واللاشابهة صفته واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكلامه فيه ظاهر قوله ولا يستحلف
بالطلاق ولا بالعتاق في ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا ان نكل عن
اليمين لا يقضي عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهي عنه شرعا ولو قضي به لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا بالعصر اسم اعجمي
روي انه صلى الله عليه وسلم راى قوما مروا برجل وامراة سخم وجههما فسال عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن
صوريا وهو حبرهم فقال انشدك اي احلفك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا وذلك دليل
على جواز تحليف اليهودي بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل
بدون ذلك وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع وقال الشافعي اذا كانت اليمين في قسامة او لعان او
في مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه السلام وفي بيت المقدس عند الصخرة
وفي ساير البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج على الحاكم قال ═══ ومن
ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد هذا النوع من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط
في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع او لا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي
بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند ابي يوسف
الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل ما يقول عند قول القاضي احلف بالله ما بعت ايها القاضي الانسان قد يبيع
شيا ثم يقال فيه فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الايمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل ينظر
الى انكار المدعى عليه وان انكر السبب يحلف المدعى عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فعلى الظاهر اذا ادعى العبد المسلم العتق
على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاستيلا عليه بعد الردة وهو بالنسبة الى المسلم

لبس بمقصور لانه يبطل بالارتداد ولحاق العبد الكافر والامة مطلقا فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق واذا ادعت
المبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه
في معتقده فيتضرر المدعي فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز ان يكون اشتراه وسلم الشفعة او سكت عن
الطلب وليس باولى بالضرر من المدعي اجيب بانه اولى بذلك لان القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي
ما هو اصل لان الشرى اذا ثبت ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على
العارض واذا ادعى الطلاق او الغصب او النكاح او البيع ما يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي باين منك الساعة وما
تستحق عليك رده وما بينكما نكاح او بيع قايم في الحال لان السبب مما يتكرر فيحلف عليه فيتضرر المدعى عليه وعند ابي يوسف
يحلف على السبب قال ـــ ومن ورث عبدا وادعاه اخر استحلف على علمه وهذا نوع اخر من كيفية اليمين وهو اليمين على
العلم او الثبات والضابط في ذلك ان الدعوى اذا وقعت على فعل كان الحلف على العلم وان وقعت على فعل المدعى عليه
كان على الثبات ونوقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او ابق واثبت ذلك في يد نفسه وادعاه
في يد البايع واراد تحليف البايع يحلف على الثبات بالله ما سرق ما ابق مع انه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض
صاحب الوديعة فانه يحلف على الثبات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر ان الموكل
قبض الثمن وانكره الموكل يحلف الوكيل بالله قبض الموكل وهو فعل الغير وهذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل
الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك فاما اذا قال لا علم لي بذلك حلف على الثبات ومن صورة النقض
يدعي العلم فكان التحلف على الثبات وتخريجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن البايع تسليم المبيع سليما عن العيوب
فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقيتين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض
واذا ورث عبدا وادعاه اخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على الثبات وان وهب له او اشتراه يحلف
على الثبات لوجود المطلق لليمين اذ الشرا سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله
سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري مباشره بنفسه
فيعلم ما صنع قال ـــ ومن ادعى على اخر مالا ومن افتدى عن يمينه او صالح عنها على شي مثل المال المدعى او اقل جاز وهو ماثور
عن عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب يشير الى انه كان يدعي عليه ذكر في الفوايد الظهيرية انه ادعي عليه اربعون درهما فاعطى
شيا وافتدى يمينه فلم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة
وذكر ان مقداد بن الاسود رضي الله عنه استقرض من عثمان سبعة الاف درهم ثم قضاه اربعة الاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه
في خلافته فقال مقداد ليحلف يا امير المومنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة الاف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد احلف
انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عمر لعثمان رضي الله عنهما انها كانت سبعة الاف درهم قال نعم فما منعك
ان تحلف وقد جعل ذلك فقال عثمان عند ذلك ما قاله فيكون للشافعي دليل على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه
كان يدعي الايفا على عثمان وبه ناخذ ونقول ثم ما بطل حقه في اليمين في لفظة الفدا او الصلح ليس له ان يستحلف بعد ذلك
لانه اسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وكان له ان يستحلفه وكان الشرا عقد تمليك المال بالمال واليمين
ليست بمال والله اعلم

باب التحالف

ولعي الترتيب الطبيعي فان يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع
الطبع اذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري انه باعه بماية وادعى البايع انه باعه بماية وخمسين او اعترف البايع
بان البيع كر من الحنطة وقال المشتري هو كران فمن اقام البينة قضي له بها لان في الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها
لانها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان
البينات للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فتثبتها كما ذكرنا اثباتا ولو كان الاختلاف في الثمن والبيع جميعا فقال البايع
بعتك هذه الجارية بماية دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البايع اولى في الثمن
وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بماية دينار وقيل هذا قول ابي حنيفة اخرا
وكان يقول اولا وهو قول زفر يقضى بها للمشتري بماية وخمسة وعشرين دينارا واما ان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البايع
بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بماية دينار واقاما البينة فهي لمن لا اتفاق على قوله وبقي البايع
لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البايع فبينته على حقه اولى بالقبول وان لم يكن لهما
بينة يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البايع والا فسخنا ويقال للبايع ان لم تسلم ما ادعاه المشتري
من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانهما ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم
يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الاخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البايع
يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبايع ينكره فكل منهما منكر واليمين
على من انكر بالحديث المشهور فيحلفان فاما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري لا يدعي شيا لان المبيع لم

له

له في يده فبقي دعوى البايع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فكان القياس الاكتفا بحلفه لكنا عرفنا بالنص وهو قوله صلعم
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا ولقايل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو
مرجوح فان كان كذلك لعموم المشهور او يتعارضان ولا ترجيح ويبدا بيمين المشتري وهو قول محمد وابي يوسف اخرا ورواية
عن ابي حنيفة رحمهم الله وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف انه يبدا بيمين البايع لان المشتري اشدهما انكارا لكونه اول
من يطالب بالثمن وهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقديم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب
بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه اولا ان فايدة النكول تتعجل بالبداة به وهو الزام الثمن ولو
بدي بيمين البايع تاخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفا الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يبدا بيمين البايع وذكر
في المنتقى وابو الحسن في جامعه انه رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان
فالقول ما قاله البايع ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر واقل فايدته التقديم يعني انه صلعم جعل القول
قوله وذلك يقتضي الاكتفا بيمينه لكن لا يكتفى فلا اقل من البداة به وان كان اقل من العقد متاجنه او صرفا يبدا القاضي
بايهما شا لاستوايهما قال ـــ وصفة اليمين ذكر في الاصل صفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري
بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف البايع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه
بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي
كالبينات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التاكيد
فاذا حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اذا طلباه او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وهذا يدل على انه لا ينفسخ
بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه لما لم يثبت ما يدعي كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة او يقال اذا لم
يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ فلما لم ينفسخ كان قايما قال في المبسوط حل للمشتري وطي الجارية اذا
كانت المبيعة وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا لصحة البدل في الاعواض واذا كان باذلا
لم يبق دعواه معارضة لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض قال ـــ واذا اختلفا في الاجل واذا اختلفا
في الاجل في اصله او في قدره او في شرط الخيار او في استيفا بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البايع وقال زفر والشافعي
يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف
فكذا هذا ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لان
التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار في ان العقد بعدمهما لا يختل
فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف في الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف
الثمن الجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيها كالاختلاف في قدره في جريان التحالف
لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد
مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه
كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض والحكم باستيفا الثمن كذلك لان بالفداء لاجل ما به قيام لبعضهم
العقد لبقا ما يحصل ثمنا واذا اختلف في استيفا كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه مفروغا عنه باعتبار انه
صار ذلك بمنزلة ساير الدعاوي واذا اختلفوا في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاؤه
قال ـــ فان هلك المبيع ثم اختلفا فان هلك المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب
ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك لان الادلة
الدالة على التحالف لا تفصل بين كون السلعة قايمة او هالكة اما الدليل النقلي فهو قوله صلعم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا
ولا يعارضه ما في الحديث الاخر من قوله والسلعة قايمة لانه مذكور على سبيل التنبيه اي تحالفا وان كانت السلعة قايمة
فان عند ذلك تمييز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال ممكن ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف
مع امكان التمييز فمع عدمه اولى واما العقلي فما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه
والاخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فان قيل قياس فاسد لانه حال قيامها يفيد التراد ولا فايدة له بعد الهلاك
اجاب بقوله وانه يفيد التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان التحالف يفيد رفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البايع
عليه بالنكول واذا احلف للبايع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى
احدهما العقد بالدراهم والاخر بالدنانير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الدليل
النقلي والعقلي يفصل بينهما فالحاق احدهما بالاخر جمع بين امرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فاسد العقد لوضوح اما الاول
فلان قوله صلعم البينة على المدعي واليمين على من انكر يوجب اليمين على المشتري خاصة لانه هو المنكر في هذه الصورة بخلاف
ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله صلعم والسلعة قايمة ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود بل هو

كالتاكيد والتاسيس اولى على انه اما معطوف على الشرط او حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط واما الثاني فلان التحالف بعد
القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره فان
قيل فليكن ملحقا بالدلالة اجيب بقوله والتحالف فيه اي في حال القيام يفضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما
برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها لانه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه فبطل
الالحاق بالدلالة ايضا قوله ولانه لا يبالي جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قوله او جب
العلة اي سلمناه لكن لا يضر نافيا عن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى الى التناكر وليس كذلك لان مقصود
المشتري وهو ملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعي على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام
السلعة وبما اذا اختلفا بعد هلاكه فان كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب واجيب عن الاول بثبوته
بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد وقوله وانما يراعي جواب عن قولهما
وانه يفيد زيادة دفع الثمن ومعناه ان المراعي من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وما ذكرتم ليس منها فانه من موجبات
النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من ملك المبيع
وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة الزيادة فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على
خلاف القياس وهذا اي هذا الاختلاف اذا كان الثمن دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات
الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان لان المبيع
في احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ وهو التراد ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن قال
وان هلك احد العبدين ثم اختلفا واذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن
فقال البائع بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان
يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البائع ان ياخذ
الحي ولا شيء له واختلاف هاتين الروايتين في اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ في توجيه قوله ان يترك حصة الهالك وقوله ان ياخذ
الحي ولا شيء له وفي مصرف الاستثناء في الروايتين جميعا فقال بعضهم معنى الاول انه يخرج الهالك من العقد فكانه لم يكن وصار الثمن
كله بمقابلة الحي القائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البائع
حصة الهالك فيتحالفان والمراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه ولا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا
وعلى هذا عامتهم وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشتري مع يمينه الا ان رضي البائع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن
الهالك شيئا او زائدا على ما اقر به المشتري وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع
بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري وكلام المصنف يشير الى ان اخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما قال صاحب النهاية عن
الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح
لكان معلقا بشيئته قيل والصحيح هو الثاني لان البائع لا يترك من ثمن الميت شيئا مما اقر به المشتري انما يترك دعوى الزيادة
وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان
في الحي ليس بصحيح على ما سياتي وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع
التحالف عنده فهلاك البعض اولى والجواب ان هلاك البعض محوج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهول لم يعتمد عليه فلا يجوز ولابي البعض حرم
يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره والجواب هو الجواب ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في
حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس في معناه
من كل وجه والظن لان التحالف لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف
مع الجهل وذلك لا يجوز ويعطى مما ذكرنا ان احد الدليلين المذكورين في المتن المدعى يبقى القياس وفيه اشارة الى الجواب
عن مسئلة الاجارة فان العقضا مثلا اذا اقام ببعض العمل من الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة العمل القول
لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع فكانا استوفيا بعض المنفعة كهلاك احد العبدين وفيه التحالف
عند ابي حنيفة ايضا دون هلاك احد العبدين وبيان ذلك ان السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض
تعذر في الباقي واما الاجارة فهي عقود متفرقة تتجدد فكل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ في بعض
لا يتعذر الباقي والثاني ينفي الالحاق بالدلالة وفيه الاشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد كما ذكرناه ثم تفسير
التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الخ وانما لم يختلف صفة
التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف فاذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى احدهما او كلاهما
الفسخ يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه
زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف فمنهم من قال يتحالفان على القائم

لاغير

لاغير لان العقد ينفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت الهالك بحصته من الثمن
الذي يدعيه البائع وحلف كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق
فلا يفيد التحالف والصحيح ان المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع فان حلف يحلف البائع حلفهم
بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخ العقد في القائم ويسقط
حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقربه المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا
انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده وعندهما يعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض يعني يقسم الثمن الذي اقر به
المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على
المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري وسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض كانت
على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة الهالك القائم يجب على المشتري ثلث
ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال
البائع على العكس فالقول للبائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة
الهالك والبائع ينكره وطولب بوجه تعين قيمة يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم
العقد في حق انقسام الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات قال محمد قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة
يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض
وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمته يوم العقد لا يوم القبض وقال
ظهير الدين هذا اشكال هائل اوردته على كل قوم نحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي يختلج لي بعد
طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق
ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ
في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك
مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير
التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا اعتبر قيمتهما يوم القبض هذا ما
قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين واقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم
العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على
جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون
الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا
فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ
واي اقام البينة يقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة
في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لانه ضمنية والاختلاف المعتبر هو ما كان في قيمة الهالك
ثم ذكر المصنف ما هو من قياسه على تخريج الاصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقه في ان القول قول البائع والبينة ايضا
بينته مع ان المعهود خلاف ذلك اذ البائع اما ان يكون مدعيا او مدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان
الثاني فعليه اليمين اذا انكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين وذلك ان كلا من اليمين والبينة تبتني على امر جاز ان
يجتمع مع الاخر باعتبارين مجاز اعتبارهما كذلك فمبنى الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة
ومبنى البينات على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون القول للبائع لانه منكر حقيقة
اذ هو اعلم بحال نفسه وان يقبل بينته لانه مدع في الظاهر واذا اقاما البينة يترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وفي كلامه
نظر لانه علل اعتبار الحقيقة في الايمان بقوله لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال وهو مفرع
على المدعى فان توجه اليمين على احد العاقدين دون الوكيل والنائب انما هو لان المعتبر في الايمان هو الحقيقة
ويمكن ان يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين قوله وهذا اي ما ذكر في الاصل يبين معنى ما ذكرنا
من قول ابي يوسف في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير قال ومن اشترى جارية ونقد ثمنها
وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى
يكون البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما او فسخها القاضي
لانها كالبيع لا ينفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لم يتناول الاقالة في وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما
اثبتنا التحالف بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين فلا يدخل تحته وانما اثبتناه بالقياس
لان ما نحن فيه من مسئلة الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة اذا اختلف الاجر

والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجارة على المبيع قبل القبض والوارث على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل
القبض والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البايع غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري المبيع في يد
البايع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف
بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص اذ ذاك معقول المعنى ولو قبض البايع المبيع قبل
الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا لانه معلول
بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الاخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض قال
ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم
اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة في باب السلم لا تحتمله لكونها فيه اسقاطا للمسلم فيه وهو الدين والدين
الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البايع الا ترى ان
راس السلم لو كان عرضا فرده بالعيب بقضاء القاضي بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يرتفع الاقالة ولا يعود السلم ولو كان
ذلك في عين العين عاد البيع وانما كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم مدعي عليه زيادة من راس المال وهو منكر واما هو فلا يدعي
على رب السلم شيئا لان المسلم فيه قد سقط فتبطل الاقالة لان المعقود عليه قد فات في اقالة السلم وفيما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا
في الوقت لمحمد في اجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون اقالة السلم واجيب بان الاقالة قبل السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من فيه
كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ قال واذا اختلف الزوجان في المهر اذا اختلف الزوجان في المهر
فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فان ايهما اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة اما قبول بينة المراة
فظاهر لانها تدعي الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع
في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا فان كان الاول فالبينة
للمراة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر
المثل وان عجزا عنها تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح
لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل بصحته لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح فيفسخ البيع فان قيل التحالف مشروع
في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه لكن فائدته فسخ العقد والنكاح ههنا لا يفسخ اجيب بان موجبه في البيع كون كل واحد من
المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم الترجيح وهو ههنا موجود فالحق به وانما لم يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب وتوضيحه ان المكان
الفسخ في البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا اصليا يصار اليه عند انعدام التسمية وعلى هذا الطريق
تخصيص العلل والجواز تخلص وتخلص غير معلوم قوله ولكن يحكم بمهر المثل استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم
مهر المثل لقطع النزاع فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما
ادعته المراة او اكثر قضي بما قالت لذلك وان كان اكثر مما اعترف به او اقل مما ادعته قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم يثبت
الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال المصنف رحمه الله ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار
لها مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها انما هو بالتحالف فلهذا اقدم التحالف في الوجوه كلها يعني
فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المراة او اكثر منه او كان بينهما فهي خمسة وجوه واما في
قول الرازي فلا تحليف الا في وجه واحد وهو فيما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه اذا
كان مهر المثل مثل ما يقوله او اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته او اكثر قال في النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل
ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر بعض
الشروح قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما واقول ان ارادوا
بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قال صاحب النهاية لان التسمية تمنع
المصير الى مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان يدعى بانه مهر المثل امر
معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانه يعلم بالحزر والظن فلا يفيد المعرفة فلا يجعل حكما ويبدأ بيمين الزوج
اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول فانه اول التسليمين عليه كما في المشتري وعلى تخريج الرازي بخلافه وهو
التحكيم اولا ثم التحليف كما ذكرناه وذكرنا خلاف ابي يوسف ان القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا ان
ياتي بشيء مستنكر يعني في باب المهر فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمراة تدعيه على هذه الجارية
فهي كالمسالة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل اولا فمن شهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام
وهو تخريج الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان اولا كما تقدم الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها
دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فتجب القيمة قال وان اختلفا في الاجارة اذا اختلفا في الاجر
في البدل اي الاجرة او المبدل فاما ان يكون قبل استيفاء المعقود عليه او بعد ذلك او بعد استيفاء بعضه فمن اقام البينة
قبلت

قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فان كان الاختلاف في الاجرة فبينة الموجر اولى لانها تثبت الزيادة وان كان
في المنفعة فبينة المستاجر اولى كذلك وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل ان يدعي هذا شهرا بعشرين
وذاك شهرين بعشرة فيقضي بشهرين بعشرين وان عجزا تحالفا وترادا في الاول لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس
كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونها عقد معاوضة يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف في الاجر
بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الاجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود
عليه واجب اولا على الاجر ثم وجب الاجرة على المستاجر بعده اجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ
به وان لم يشترط لا يمتنع الاجر من تسليم العين المستاجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فيبقى انكار المستاجر زيادة الاجرة فيحلف
وان وقع الاختلاف في المنفعة بدئ بيمين الاجر لذلك وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وان تحالفا في الثاني والقول قول المستاجر وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف ظ لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصلهما وكذا على اصل محمد لان فائدة التحالف فسخ العقد
والعقد يقتضي المعقود عليه او ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الاجارة اما المعقود عليه وهو المنفعة
فلانه عرض لا يبقى زمانين واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل تتقوم بالعقد وتبين بتحالفهما ان لا عقد بينهما
لانفساخه من الاصل فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه
وفي الثالث تحالفا وفسخ العقد فيما بقي لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها
فكان الاختلاف بالنسبة الى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع
التي مضت هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق بخلاف البيع لان
العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة
اذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول
عندهم الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق
عند اداء القدر الذي هو يدعيه والمولى ينكره فكان كالمتعاقدين في البيع الذي اختلف العاقدان فيه في الثمن فيتحالفان
ولابي حنيفة ان الكتابة عقد معاوضة ويجب به البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في حق العبد
والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء وهذا لان البدل لا بد له
من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة للحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع
لان المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين ان يكون للحال مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء
قبله للعتق فبقي اختلاف في قدر البدل لا غير لان العبد لا يدعي شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول
المنكر قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت اذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجل كالعمامة والقوس
والدرع والمنطقة فهو للرجل لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية وهي المعجر وهي ما تشد به المراة على استدارة
راسها كالعصابة سميت بذلك لانها تقي الخمار وكالملحفة فهي للمراة مع اليمين بشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشي الا اذا كان
الرجل صائغا وله اساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك فح لا يكون مثل هذه الاشياء له وكذلك اذا كانت
المراة تبيع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالانية والذهب والفضة والامتعة والعقار فهو للرجل لان المراة وما في يدها
في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر اقوى منه
وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل الرجال وما هو صالح للنساء فهو مستعمل النساء
فاذا وقع الاشتباه ترجح بالاستعمال وبه يندفع ما يقال اما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة والعطارين
وهي في ايديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال المشاهد ولم يشاهد
استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الالات في ايديهما على السواء فجعلناها نصفين ولا فرق بين ما
اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الاخر فما يصلح
لهما فهو للباقي منهما لانه كان لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه من حيث الجملة لا التفصيل قول ابي حنيفة
رحمه الله لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمراة
بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا قوله وقال ابو يوسف يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها معناه كما يصلح لهما والباقي
للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز وهذا ظاهر اقوى بجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج واما في الباقي
فلا معارض لظاهره فكان معتبرا والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما
كان للنساء فهو للمراة وما يصلح لهما فللرجل ان كان حيا او لورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة من الدليل وهو ان المراة
اليد وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحياة واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت
سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة لان يد الحر اقوى لكون اليد يد نفسه

من كل وجه وبيد المملوك لغيره من وجه والمولى اقوى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحر من ما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمراة لذلك وللحي منهما بعد الممات سواء كان حرا او مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة ووقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمصنف اختار اختيار العامة واستدل لابي حنيفة بقوله لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الحقوق فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما **فصل فيمن لا يكون خصما** اخر ذكر من لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي قال وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان اذا ادعى عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه او اجرنيه او اعارنيه واقام على ذلك بينة وبين المدعي وقال ابن شبرمة لا يندفع وان اقامها وقال ابن ابي ليلى يندفع بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا فكما قال ابن شبرمة ثم اذا شهد الشهود فاما ان يقولوا اودعه فلان نعرفه باسمه ونسبه او رجل مجهول لا نعرفه او رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الاول تقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثاني عند محمد وكالاول عند ابي حنيفة ولهذا خمسة اقوال فلهذا لقبت المسألة بمخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت المسألة بذلك للوجوه الخمسة المذكورة انفا وجه ظاهر الرواية وهو المذكور اولا ان المدعى عليه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت ببينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر اذ ليس له ولاية ادخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب ان مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه وبناء الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المراة الى زوجها اذا اقامت البينة على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما مر ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب بل مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة ليكون ذلك ضمنيا ولا معتبر به ووجه قول ابن ابي ليلى ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه وهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غير معهود في الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار ووجه قول ابي يوسف ان المحتال من الناس قد يدفع ما اخذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي لا يقبلها واما وجه الفصل الاول فلانه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثاني فله وجهان احدهما احتمال ان يكون المودع هذا هو المدعي حيث لم يعرفوه والثاني انه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعي واما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما احاله الى معين الخ فصار بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله صلعم انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم قال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذن لا تعرفه ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين ح ان المودع غير المدعى عليه فاذن الشهادة تفيد ان يده ليست بيد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت قوله والمدعي هو الذي اقر بنفسه جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي انما لحقه من نفسه حيث نسي خصمه او من جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء اودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في الخارج واما اذا هلكت فلا يندفع الخصومة وان اقام البينة لانه اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيدفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا يتحول عنه الخصومة قال وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبت هذا العين مني او سرقته مني واقام ذو اليد الوديعة لا تندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير

ذي

ذي اليد وفعله لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذو اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدعوى على غير ذي اليد ويده مترددة بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعي سرق مني واقام ذو اليد البينة على ان فلانا اودعه لم تندفع الخصومة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل اليه فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة والظ انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فاما ان يقضى بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فاوجب الدرء اجيب بانه وجه انه اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفعت الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهوره قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال غصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال اودعنيه فلان ذلك سقط الخصومة من غير بينة لتوافقهما على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله الى ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته انه احق بامساكه **باب ما يدعيه الرجلان** لما فرغ من ذكر حكم واحد من المدعيين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين قال وان ادعى اثنان عينا وان ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة على ذلك قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا اي تساقطتا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطاء فيه وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحدة منهما او يصار الى القرعة لانه صلى الله عليه وسلم اقرع فيه روى سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي انه رضي الله عنه ان رجلين تنازعا عينا بين يدي رسول الله صلى الله عليه واقاما البينة فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وعن ابي الدرداء رضي الله عنه ان رجلين اختصما بين يديه في شيء واقاما البينة فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود صلى الله عليه وسلم اذا جلس لفصل القضايا نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين عن حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق لمن خرجت له فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب احدهما بيقين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد محتمل الوجود فان صحة اداء الشهادة لا يحتمل يعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشتري فشهد على ذلك والاخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانا شاهدتان صحيحتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل منهما نكاح امراة دعوى نكاح المراة من وجهين رجلين اما ان يكون متعاقبا اولا فان كان الثاني ولا بينة لهما فاما ان تقر لاحدهما اولا فان اقرت فهي امراته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لواحد وان كان ثمة بينة فان اقام البينة فهي امراته وان اقامت اقرت لغيره لان البينة اقوى من الاقرار وان اقاماها فاما ان يكون في بيت احدهما او دخل بها اولا فان كان ذلك فهي امراته لان النقل الى بيته او الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الاخر بينة على سبق نكاحه فانها تقبل لان الصريح اولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فان ثبت سبقا من التاريخ فهي امراته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا تاريخا لم يقض بواحدة منهما لتعذر العمل بها لعدم قبول المحل الاشتراك ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما فايهما اقرت له انه تزوجها او تزوجها قبل فهي امراته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولقائل ان يقول قوله فصاحب الوقت الاول اولى ليس بمحل لانه انما يكون اذا كان الثاني بعده بمدة لا يحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتمل ذلك فتساويا لجواز ان الاول طلقها وتزوجها الثاني والجواب ان ذلك انما يكون اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك ولذلك قد ذكرنا انفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بعقد الاول حكمنا به فكذا اذا اثبت بالبينة وان كان الاول فان انفرد احدهما والمراة تجحد فاقام البينة وقضي له بها ثم ادعى الاخر واقام على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما هو دونه الا ان يوقت شهود المدعي الثاني سابقا فيقضى له لانه ظهر الخطا في الاول بيقين قوله وكذا اذا كانت المراة في يد الزوج من بيانه قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد عبد في يد رجل ادعى كل واحد منهما انه اشتراه منه قال المصنف معناه من صاحب اليد احترازا عما سياتي بعد هذه المسألة واقاما على ذلك بينة من غير تاقيت وكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة

من كل وجه وبد المملوك لغيره من وجه والمولى اقوى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين ما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه
وما يصلح للنساء فهو للمراة كذلك وللحي منهما بعد الممات سوا كان حرا او مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير
وقال الامام فخر الاسلام وشمس الايمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الايمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمصنف
اختار اختيار العامة واستدل بقوله لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد الماذون
له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شي في ايديهما
قضي به بينهما لاستوايهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الحقوق
فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا
تعارض بينهما **فصل فيمن لا يكون خصما** اخر ذكر من لا يكون خصما عن من يكون خصما لان معرفة الملكات قبل
معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الفرق لا من حيث العقد الاصلي فاذ
وان قال المدعى عليه هذا الشي اودعنيه فلان اذا ادعى عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه هذا الشي اودعنيه
فلان الغايب او رهنه عندي او غصبته منه او اجرنيه او اعارنيه واقام على ذلك بينة وبين المدعي وقال ابن
شبرمة لا يندفع وان اقامها وقال ابن ابي ليلى يندفع بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا
من دفع الخصومة وان كان محتالا فكما قال ابن شبرمة ثم اذا شهد الشهود فاما ان يقولوا اودعه فلان نعرفه باسمه
ونسبه او رجل مجهول لا نعرفه او رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الاول تقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل
بالاتفاق والثالث كالثاني عند محمد وكالاول عند ابي حنيفة وللذا خمسة اقوال فلهذا لقبت المسلة بمخمسة كتاب الدعوى
وقيل لقبت المسلة بذلك للوجوه الخمسة المذكورة انفا وجه ظاهر الرواية وهو المذكور اولا ان المدعى عليه اثبت ببينته ان
يده ليست يد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت ببينته الملك للغايب واثبات
الملك للغايب بدون خصم متعذر اذ ليس لاحد ولاية ادخال شي في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات
الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب ان مقتضى هذه البينة شيان ثبوت الملك للغايب ولا خصم فيه فلا يثبت
ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه وبناء الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المراة الى زوجها اذا اقامت
البينة على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغايب كما مر ولين سلمنا البنا لكن مقصود
المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغايب انما مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة ليكون ذلك ضمنيا
ولا معتبر به ووجه قول ابن ابي ليلى ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة الى
البينة والجواب انه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق
الا بحجة لا يقال يلزم اثبات اقراره ببينته وهو غير معهود في الشرع لانه لاثبات اليد التي قطعها التي انكرها المدعي لا
لاثبات الاقرار ووجه قول ابي يوسف ان المحتال من الناس قد يدفع ما اخذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد
عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله واما وجه الفصل الاول فلانه شهادة قامت
بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثاني فله وجهان احدهما احتمال ان يكون المودع هذا هو
المدعي حيث لم يعرفوه والثاني انه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعي واما الفصل
الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما احاله الى معين الخ فصار بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا نعرفه
وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله صلعم انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم قال فهل تعرف اسمه
ونسبه فقال لا فقال اذن لا تعرفه ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة
غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بتيقن ح ان المودع غير المدعى عليه فان الشهادة تفيد ان يده ليست بيد خصومة
وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه
ليس بخصم وقد اثبت قوله والمدعي هو الذي اضر بنفسه جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي ووجهه ان
الضرر اللاحق بالمدعي انما لحقه من نفسه حيث نسي خصمه او من جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما
يكون اذا كانت العين قايمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشي اودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى
موجود في الخارج واما اذا اهلكت فلا يندفع الخصومة وان اقام البينة لانه اذا كانت قايمة فذو اليد ينتصب خصما
بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا اهلكت فالدعوى تقع
في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده
وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا يتحول عنه الخصومة **قال** وان قال ابتعته من الغايب فهو خصم واذا قال
المدعى عليه اشتريته من فلان الغايب لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبت هذا العين
مني او سرقته مني واقام ذو اليد الوديعة لا تندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير
ذي

ذي اليد وفعله لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى
الملك المطلق فان ذو اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدعوى على غير ذي اليد ويده مترددة بين ان يكون
له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعي سرق
مني واقام ذو اليد البينة على ان فلانا اودعه لم يندفع الخصومة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان
وقال محمد يندفع لانه لم يدع الفعل اليه فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل
البتة والظ انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درا للحد عنه شفقة عليه فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فربما يقضي
بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فاوجه الدرء ح اجيب بانه وجه انه اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى
المدعي ان ظهر سرقته بعد ذلك بتعين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع
الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بتعين قطعت يده لظهوره قبل ان يصل العين الى المالك
فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال غصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته
من فلان وصاحب اليد قال اودعنيه فلان ذلك سقط الخصومة من غير بينة لتوافقهما على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون
وصوله الى ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت
ببينته انه احق بامساكه **باب ما يدعيه الرجلان** لما فرغ من ذكر حكم واحد من المدعيين
شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين **قال** وان ادعى اثنان عينا وان ادعى اثنان عينا في يد ثالث
كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة على ذلك قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول بها تركنا اي تساقطتا من الحجة لكسر
الها وهو السقط من الكلام والخطا فيه وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بتعين لاستحالة اجتماع الملكين في كل
العين في حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما او يصار الى القرعة لانه صلى الله عليه وسلم اقرع فيه روى سعيد
بن المسيب ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم
بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضي بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي انه رضي الله عنه
ان رجلين تنازعا عينا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فقضي به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين
وعن ابي الدرداء رضي الله عنه ان رجلين اختصما بين يديه في شي واقاما البينة فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني
اسرايل كان داود صلى الله عليه وسلم اذا جلس لفصل القضايا نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضي به رسولنا صلى الله
عليه وسلم بينهما نصفين وعن حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة
الاستحقاق في ايجاب الحق لمن خرجت له فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب احدهما
بتعين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد محتمل الوجود فان صحة ادا الشهادة لا يحتمل يعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب
لا يطلع عليه العباد في زان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان يراه يشتريه فيشهد على ذلك والاخر اعتمد اليد فيشهد على
ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب
الاستحقاق **قال** فان ادعى كل منهما نكاح امراة دعوى نكاح المراة من وجهين رجلين اما ان يكون متعاقبا اولا فان
كان الثاني ولا بينة لهما فاما ان تقر لاحدهما اولا فان اقرت فهي امراته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لواحد وان كان ثمة
بينة فان اقام البينة فهي امراته وان اقامت اقرت لغيره لان البينة اقوى من الاقرار وان اقاماها فاما ان يكون في بيت
احدهما او دخل بها اولا فان كان ذلك فهي امراته لان النقل الى بيته او الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الاخر
بينة على سبق نكاحه فانه اقبل لانه الصريح اولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فان ثم اثبت سبقا من التاريخ فهي امراته لان الثابت
بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا تاريخا لم يقض بواحدة منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل الاشتراك ويرجع الى تصديق
المراة لاحدهما فايهما اقرت له انه تزوجها او تزوجها قبل فهي امراته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولقايل ان يقول
قوله فصاحب الوقت الاول اولى ليس بمحل لانه انما يكون اذا كان الثاني بعده بمدة لا يحتمل انقضا العدة فيها اما اذا احتمل ذلك
فتساويا في جواز ان الاول طلقها وتزوجها الثاني والجواب ان ذلك انما يكون اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول
وليس الكلام في ذلك ولذلك قد ذكرنا انفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بعقد الاول حكمنا به فكذا اذا اثبت
بالبينة وان كان الاول فان انفرد احدهما والمراة تجحد فاقاما البينة وقضي له بها ثم ادعى الاخر واقام على مثل ذلك لا يحكم بها
لان القضا الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما هو دونه الا ان يوقت شهود المدعي الثاني سابقا فيقضي له لانه ظهر الخطا
في الاول بتعين قوله وكذا اذا كانت المراة في يد الزوج مرباته **قال** ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى هذا
العبد عبد في يد رجلين ادعى كل واحد منهما انه اشتراه منه قال المصنف معناه من صاحب اليد احترازا عما سياتي بعد هذه
المسلة واقاما على ذلك بينة من غير تاقيت وكل واحد منهما بالخيار ان شا اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به بينته
ورجع على البايع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوايهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة

وان شاء ترك لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه فلعل رغبته في الملك الكل ولم يحصل فرده وياخذ
كل الثمن فان قيل كذب احد الفريقين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كملا في وقت واحد فينبغي ان
تبطل البينتان اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فيجوز ان يكون كل منهم اعتمد سببا
في وقت اطلق الشهادة به فان قضى القاضي بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان ياخذ جميعه لانه صار مقضيا
عليه بالنصف فانفسخ العقد به والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف
يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف الذي في المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه
بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي وهو القضاء عليه حيث له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ
سببه وزال المانع وهو مزاحمة الآخر وقوله حيث له ان ياخذ الجميع يشير الى ان الخيار باق وذكر بعض الشارحين ناقلا
عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده انه لا خيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت
الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقت احدهما دون الآخر فهو لصاحب الوقت لثبوت
ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك ولو لم يذكرا تاريخا لكنه في يد احدهما
فهو اولى لتمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احدهما ان الحادث يضاف الى
اقرب الاوقات والثاني ان ما مع العبد بعد بيه زمانيه فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان
فيضافان الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرائه ومتاخر عنه ظاهرا فكان بعد
شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ
المتقدم ولانهما استويا في الاثبات وبينة غير القابض قد يكون مما ينقض اليد وقد لا يكون فلا ينقض اليد الثابتة
بالشك وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعى الشراء اثنان واقاما البينة واحدهما قابض فان الخارج هناك
اولى والجواب ان كل واحد من المدعيين ثمة محتاج الى اثبات الملك لبائعه اولا فاجتمع في حق البائعين بينة
الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك وكذا اذا ذكر الآخر يعني بينة الخارج وقتا فذو اليد
اولى لان تذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذي اليد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على
سبق شرائه الا ان يشهد شهود الخارج ان شراه كان سابق شراء صاحب اليد فانه ينقض به اليد لان الصريح
يفوق الدلالة وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا قال المص معناه من واحد احترازا عما اذا كان ذلك من
اثنين كما سيجي واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء
يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء مثبت للملك دون الهبة
لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى احدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من
الوجهين في الشراء اقوى وكذا اذا ادعى احدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا لما سوا فيقضى به بينهما سواء
لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل لا نسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله
ولا ترجيح باللزوم وقوله تقديره ان الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المال اي بما يظهر اثره في ثاني الحال اذ اللزوم
عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع الى المال لان الترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال وهذا اي
الحكم بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما يحتملها كالدار والبستان عند البعض لان كل واحد
منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طاري وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا
يقضى لهما بشي لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله
اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح
انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف نقضي بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف
العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة
لهبة مانع صحتها قال ـــ واذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يورخا
او ارخا وتاريخهما على السواء فهو بينهما لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك
بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند ابي يوسف
رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء اولى لانه العمل بالبينات مهما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا
النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم يجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها لان التزوج على ملك
الغير صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة وان لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر في الاسرار
جواب ابي يوسف عما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تاخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تاخر
الشراء انهما سواء في حق ملك العين واذا ادعى رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان

وفي

وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهي اولى ووجه الاستحسان ان
المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اولى من عقد التبرع ولا يرد الهبة بشرط
العوض فانها اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى
والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة وان اقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب
التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك الا من جهته والغرض ان الآخر
لم يتلق منه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وقول محمد اولا ثم قال محمد يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة
وان ارخ احدهما دون الآخر ففي النوادر عن ابي حنيفة انه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عند حالة الانفراد
في دعوى الملك المطلق في اصح الروايات وعلى قول ابي يوسف يقضى لمن ارخ وعلى قول محمد يقضى لمن لم يورخ
لانه يدعي اولية الملك وسيتبين تمام بيانه ان شاء الله تعالى ولو ادعيا الشراء من واحد واقاما بينة ولم
يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء فقضى بينهما وان ارخا تاريخين متفاوتين فالاول اولى لما بينا انه اثبته
في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الآخر اشتراه من غير مالكه فكان باطلا
قيل لا تفاوت فيما ذكر في الكتاب من الحكم بين ان يكون البائع واحدا او اثنين وانما التفاوت بينهما اذا وقت
احدهما دون الآخر على ما سنذكر بعيد هذا وقوله معناه من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فائدة فانه لا تفاوت
في سائر الاحكام بين ان يكون ذلك الواحد ذا اليد او غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان
كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا او رتب عليه الاحكام وان اقام كل واحد منهما البينة
على الشراء من آخر كان اقام احدهما على الشراء من زيد مثلا والآخر على الشراء من عمرو وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء
لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا
من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك ولو وقت احدهما دون الآخر
قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع
واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به لان الثابت بالبينة كالثابت
عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدمه شراء غيره ولقائل ان يقول
حاصل الفرق بين المسئلتين ما ذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقاه الا من جهته واما الباقي فهو مشترك بين
المسئلتين وذلك لا مدخل له بالفرق لجواز ان يقال من ثبت له الحكم بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين
تقدم شراء غيره والجواب ان ذلك مدخل في الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان العقد ضروريا وقد ثبت
لاحدهما بالملك ببينة ملكه في وقت وملك غيره مشكوك ان تاخر لم يضر وان تقدم ملكه فيقع رضا فيترجح بالوقت
واما اذا كان متعددا فكما جاز ان يقعا متعاقبين جاز ان يقعا معا وفي ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت
عن الترجيح لتضاعف التعارض ولو ادعى رجل الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من آخر والثالث
الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة قضي به بينهم ارباعا لانهم يتلقون
الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق واطلاق الباعة بطريق التغليب
لان البائع واحد من الملكين فكان المراد من مملكيهم قال ـــ وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ
وان اقام الخارج على ملك مورخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا فذو اليد اولى عند ابي حنيفة وابي
يوسف وهو رواية عن محمد رحمهم الله وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه محمد روى ابن سماعة عنه انه رجع
عن هذا القول وهما ان بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا كانت اولى من بينة الخارج ولا تقبل من
ذي اليد بينة على تاريخ وغيره الا النتاج لان النتاج دليل على اولية الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا على
مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء بخلاف ما اذا اقاما بالتاريخ على الشراء لان احدهما
اسبق من الآخر فان الاسبق اولى سواء كان البائع واحدا او اثنين ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى
الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع
مقبولة فان من ادعى على ذي اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة
وقد مر قبيل قبول بينة ذي اليد في ان العين في يده وديعة حتى تندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة البينة
ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت كانها بينة بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى
انها لا تنفع الا بعد اثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب
الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف وفي قول محمد لا معتبر بالوقت لما بينا من الدليل في الجانبين
ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقت احدهما دون الآخر فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج

وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقت احدهما دون الآخر فعلى قول ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار
كما في دعوى الشراء اذا ارتفعت احدهما كان صاحب التاريخ اولى وقد مر ولهما ان بينة ذي اليد انما يقبل اذا تضمنت
معنى الدفع ولا دفع ههنا لانه انما يكون اذا انتفى الملك من جهته وههنا وقع الشك في ذلك لانه بذكر تاريخ
احدهما لم يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لامكان ان الآخر لو وقت كان اقدم تاريخا بخلاف ما
اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد كما تقدم وعلى هذا اذا كانت الدار بايديهما فاقام احدهما بينة على ملك مورخ
والآخر على مطلق اليد فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا لابي يوسف قيل الاستدلال بقوله انما بينة ذي اليد انما
تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لم يقل بذلك والالزمه المسألة الاولى واجيب بان ذلك يجوز ان يكون على
قوله الاول ولو كانت العين في يد ثالث والمسألة بحالها اي ووقت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الآخر
فهما سواء يقضي بينهما نصفين عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله الذي وقت اولى وقال محمد رحمه الله
الذي اطلق اولى لان الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب
فكان ملكا للاصل وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق
يحتمل غير الاولية فالترجيح باليقين ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه اي يزاحمه عدم التقدم لان الذي لم يورخ سابق على
المورخ من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من
جهة المدعى عليه بعد تاريخ المورخ واذا كان المورخ سابقا من وجه لاحقا من وجه كان المورخ ايضا كذلك فاستويا في
السبق واللحوق فيجعل كانهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ هو معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة
الانفراد ساقط الاعتبار وقوله بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف ومعناه انهما اذا اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث
ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف الى اقرب الاوقات ويترجح جانب صاحب التاريخ قال ــــــ وان اقام
الخارج وصاحب اليد وان اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة بالنتاج فذو اليد اولى وهو استحسان
وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج يثبت بها اولية
الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج
بوجه ما ووجه الاستحسان ان بينة ذي اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج فاستويا
وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضي له سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده اما قبله فظ واما بعده فلان ذا اليد لم يصر
مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا اظهرت بينة دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا
الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم ان بينة انما يترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الرهن
او الاجارة واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج لان ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو اصل الملك والخارج يثبت   اولى م
الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت اكثر اثباتا فهي اولى قوله وهذا اي ما ذكرنا من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب
عامة المشايخ خلافا لما يقول عيسى بن ابان انه تهاترت البينتان وتترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء لان القاضي
يتيقن بكذب احد الفريقين لان نتاج دابة من دابتين غير متصور كسلة كوفة ومكة ووجه صحة ذلك ان محمدا رحمه الله ذكر في خارجين
اقاما البينة على النتاج انه يقضي به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد والجواب عن قوله
القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين ما ذكرناه في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا
لاهل الشهادة بناء على ان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة تظهر
في التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف ولو تلقى كل واحد من الخارج وذو اليد الملك من رجل فكان
هناك بايعان واقاما البينة على النتاج عند من تلقى منه هو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضي به لذي اليد كان
البايعين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضي له لصاحب اليد لما ذكرناه ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر
على النتاج فصاحب النتاج اولى خارجا كان او ذا اليد لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الآخر الا بالتلقي من جهته
وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا انها تدل على بينة الملك فلا يثبت التلقي للآخر الا من جهته
ولو قضي بالنتاج لذي اليد ثم اقام الثالث البينة على النتاج يقضي له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث
لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي بثبوته في حق آخر فان
اعاد ذو اليد بينته قضي له بها تقديما لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضي بها للثالث وكذا المقضي
عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج يقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص في دلالته على الاولية قطعا
فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لصيرورته
مقضيا عليه بالملك وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا
والقضاء كان خطا فاني يكون مقضيا عليه فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن ابي

ليلي يرجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد واجيب بان قضاءه انما يكون عن اجتهاد
اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وههنا البينة ما كانت قائمة عنده حال
القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول قال ــــــ
وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة قد تقدم ان القياس ما ذهب اليه ابن ابي ليلى ان بينة الخارج اولى في النتاج من
بينة ذي اليد وما ذهبنا اليه استحسان ترك به القياس بما روى جابر رضي الله عنه ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام
البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يده فلا يلحق
بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه مما لا يتكرر من اسباب الملك اذا ادعى به كان كدعوى النتاج كما اذا ادعت غزل
قطن انه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته
او ادعى جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او لبدا انه صنعه او مرعزا وهي كالصوف تحت شعر المعز او صوفا مجزوزا بانه ملكه
جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام بينة فانه يقضي بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج
من كل وجه فيلحق به لدلالة النص وما تكرر من ذلك قضي به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ به
من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خز او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله
او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه او زرعه او حبا آخر من الحبوب واقام
على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضي به للخارج لانها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما نقلناه واما في
الباقية فان البناء يكون مرة بعد اخرى وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم تغربل التراب فتميز الحبوب ثم تزرع ثانية واذا لم يكن في
معناه لا يلحق به فان اشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى العدول من اهل الخبرة وبني الحكم عليه قال الله تعالى فاسألوا اهل
الذكر ان كنتم لا تعلمون فان اشكل على اهل الخبرة قضي به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول كان بخبر النتاج كما رويناه فاذا لم
يعلم يرجع الى الاصل قال ــــــ واذا اقام الخارج البينة على الملك واذا اقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو
اليد اولى لان الخارج ان كان يدعي اولية الملك فذو اليد يتلقى منه ولا تنافي هذا اقتصار كما لو اقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى
الشراء منه واذا اقام الخارج البينة انه اشتراها من ذي اليد واقامها ذو اليد انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت
الدار في يد ذي اليد قال المصنف رحمه الله هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يقضي بهما لامكان العمل
بهما وذلك بان يجعل كان ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر ولا يعكس اي لا يجعل
كان الخارج اشتراها من ذي اليد اولا ثم باعه اياه لان ذلك يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان العقار عنده ولهما ان
الاقدام على الشراء اقرار من المشتري بالملك للبايع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد
لحكمه وهو الملك يعني ان السبب اذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا
بملك مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد انما نقضي لنزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيدا للحكم بالنسبة اليه فبقي القضاء
بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهد البينتان على نقد الثمن في الالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا الثمنان لوجود قبض مضمون
من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده فان البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما
موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاصان الوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لكن على اختلاف
التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما هذا البيع اقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرار تتهاتر الشهود وكذلك
ة وعند محمد باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والآخر
لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن احدهما اولى من الآخر من المقبولات قطعا فيبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله
لان الجمع غير ممكن لان الجمع عبارة عن امكان العمل بهما وذا لم يكن وان وقت البينتان في العقار وقتين فاما ان يكون وقت
الخارج اسبق او وقت ذي اليد وكل منهما على وجهين اما ان يشهدوا بالقبض اولا فان كان وقت الخارج اسبق فان لم يشهدوا
بالقبض قضي بها لذي اليد عند ابي يوسف وابي حنيفة رحمهما الله فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب
اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضي بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فيبقى على ملكه وان شهدوا
بالقبض يقضي بها لصاحب اليد بالاجماع وان كان وقت ذي اليد اسبق يقضي للخارج في الوجهين جميعا يعني سواء شهدوا
بالقبض او لم يشهدوا اما اذا شهدوا به فلا اشكال واما اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من الخارج
فيؤمر بالتسليم اليه والمصنف جمع الوجهين في قوله فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم
اثبات القبض او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر من عارية او اجارة باعتبار اثبات القبض قال ــــــ وان اقام احد المدعيين
شاهدين والآخر اربعة وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في
حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها الا ترى ان خبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية اخرى لان
كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادلة

يترجح على المستور بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا تترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة كل نصاب
كامل قال وان كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميع الدار والاخر نصفها واقاما
البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة وعندهما هي بينهما
اثلاثا بطريق العول والمضاربة والاصل في ذلك ان عند ابي حنيفة ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انقسام
معنى ان المدلي يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب
غير صحيح يضرب بقدر نصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا والموصى له باكثر من الثلث وعندهما ان القسمة العين متى وجبت بسبب حق في العين
كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع
عبد رجل بغير امره وفضولي اخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا فعلى هذا امكن الاتفاق
بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم
شيء واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة متعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي
اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن
فتحول بالشرى الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا فعلى اصل ابي حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال
القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة فيقول مدعي النصف لا دعوى له في النصف للاخر فانزوى به
صاحب الجميع والنصف الاخر كل منهما يدعيه وقد اقاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا
النصف بينهما نصفين فيحصل لصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين
في العين على معنى ان حق كل منهما شايع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة
فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع
ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهم اثلاثا ولهذه المسئلة نظاير واضداد لا يحتملها المختصرات قال المص وقد ذكرناه في
الزيادات فمن نظايرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد الماذون له المشترك اذا ادانه
احد المولين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند ابي حنيفة بطريق
العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا فبذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج قال ولو كانت
دار في ايديهما فالاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين ينصرف الى ما في يده ليكون في امساكه ظالما
حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار في ايديهما فمدعي النصف لا يدعي
على الاخر شيئا ومدعي الكل يدعي عليه النصف لا يدعي على الاخر شيئا ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف
فعليه اقامة البينة فان اقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضا وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج
وبينة ذي اليد وبينة الخارج اولى فقضي له بذلك ونصفها لا على وجه القضا وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا
قضا بدون الدعوى فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها
نتجت عنده وذكر تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان علامة صدق شهوده قد ظهرت فيها فترجح له
فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كانهما اقاماها ولا تاريخ لهما هذا اذا كانا خارجين
وان كان احدهما ذا اليد فان وافق سن الدابة تاريخه او اشكل قضي بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في شهوده
او لسقوط اعتبار التوقيت بالاشكال وان كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد فان علامة الكذب في شهادة البينتين
وتترك الدابة في يد ذي اليد قوله وان خالف سن الدابة الوقتين يعني في الخارجين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه
ظهر كذب الفريقين وذلك يمنع قبول الشهادة حالة الانفراد فيمتنع حالة الاجتماع ايضا فتترك الدابة في يد من هي بيده مانعه
قضاء ترك كانهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الاصح ما قاله محمد من الجواب وهو ان تكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما
اذا كان سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك
ان كانت على غير الوقتين لان ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا
وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضا بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت
بطلت البينتان وهي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على الاستحقاق على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام الحجة الاستحقاق
وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن محمد رحمه الله انه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضي بينهما نصفين وان كان
مخالفا للوقتين لا يقضي لهما بشيء ويترك في يد ذي اليد قضا ترك فكان لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وتعليل قوله ينظر الى
مقصودهما ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوي بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه
ليس بحجة مع وجود المكذب واذا كان عبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والاخر بوديعة فهو بينهما سواء
لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

فصل

فصل في التنازع بالايدي

لما فرغ عن بيان الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظ
اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد قال واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة
احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر لان الركوب يختص بالملك يعني غالبا وكذا اذا كان احدهما
راكبا في السرج والاخر رديفه فالراكب في السرج اولى لما ذكرنا ونقل الناطفي هذه الرواية من النوادر واما في ظاهر الرواية
فهي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين يعني في السرج فانها بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في
بعير ولاحدهما عليه حمل فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس
اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو او كانا جالسين
عليه فهو بينهما لا على طريق القضا لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك
فلا يكون يدا عليه فليس بيدهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السوا فيترك في ايديهما وبهذا افترق بينه وبين الدار اذا ادعاها
ساكناها حيث لم تقض به بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد تكون بالاختطاط وزوال
ذلك غير معلوم لانها بعد ان كانت في مكانها الذي ثبت يد المختط له فيه عليها لم تتحول الى محل اخر فكان يده ثابتة عليها حكما
ولم يعلم به القاضي وجهالة ذي اليد لا تجوز القضا لغيره لان شرط جوازه العلم بان المدعى ليس في يد غير المدعيين ولم يوجد واذا
كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد اخر فهو بينهما نصفين لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما مستمسك باليد الا ان
احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو اقام احدهما شاهدين والاخر اربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا
وبين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال واذا كان صبي في يد رجل يدعي
رقه فلا يخلو اما ان يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه اولا فان كان الاول فان لم يعرف فهو عبد ذي اليد وان تعاه فقال انا حر
فالقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وما بدا بالظاهر فيكون في يد نفسه وان قال انه عبد لفلان غير ذي اليد لانه اقر انه لا يد
له على نفسه باقراره بالرق والاقرار بالدين واجب بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا ان عند معارضة
اياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه وعند عدمها تتقرر فيكون القول قوله في رقه كالذي لا يعقل اذا كان في يده وان كان
الثاني فهو عبد للذي هو في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يد له على نفسه واعترض باللقيط اذا ادعى رق لقيط
لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبده وبهذا العوارض اذ الاصل الحرية وهو يدفع العارض فكان الواجب ان لا يصدق ذو اليد
الا بحجة واجيب عن الاول بان فرض الالتقاط يضعف اليد لان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فكانت
ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني بان الاصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من ذلك شانه لكونه بمنزلة
المتاع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق عليه في حال صغره قال واذا كان الحائط
لرجل واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللاخر عليه هرادي جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات
من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب عن الليث تقال له بالفارسية وردك فهو اي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال
والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والاخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما فيها حمل وللاخر
كوز معلق بها والمراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل ببنائه مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى
اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من لبن او اجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن
غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبة في الاخرى واما اذا ثقب فادخل لا يكون
تربيعا وهذا لانه دل ظاهرا لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بنا هذا الحائط ومن هذا يعلم ان من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة
وملازقة وعند التعارض اتصال التربيع اولى وقوله والهرادي ليس بشيء يعني قول محمد في الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار
للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا لانه انما بني للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري لان
الحائط لا يبنى لها اصلا لانه انما بني للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري وانما يوضعان للاستظلال والحائط
لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للاخر عليه شيء قضي به بينهما ومعناه اذا عرف كونه في ايديهما قضي بينهما
قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة
لان الزيادة من جنس الحجة والحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى للاكثر منها بعد الثلاثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلاثة
فهو لصاحب الثلاثة وللاخر موضع جذعه في رواية كتاب الاقرار حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل
ما تحت جذعه يريد حق الوضع فهو مصدر ميمي وقد اشار اليه المصنف وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت خشبته
حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما
بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة بين صاحب بيت وبين صاحب ابيات كما نذكره وقيل نذكر ذلك على قدر
خشبهما وهذا هو الموافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القيل الاول والقياس على انه يقضي به لصاحب الكثير لان الحائط
يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة قوله والقياس رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الخ يعني ذلك استحسان والقياس ان يكون

اي يحايط بين صاحب الجذوع والجذع وبين صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة
والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحقوا على الروايتين المذكورتين وجه الرواية الثانية وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت
خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال ووجه الاولى ان الحايط يبنى لوضع الكثير دون
الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فلا يستحق به رفع
الخشبة الموضوعة اذ من الجايز ان يكون اصل الحايط لرجل ويثبت للاخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان
جايزا واعلم ان ما اختاره المصنف من جعل الجذع غير كالجذوع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كالجذع الواحد
وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلث بامكان التسقيف بهما ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال وعلى الاولى وقع في الدليل
وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع في احد طرفي الحايط المتنازع
فيه فالاول اولى لانه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى ومنهم من رجحه شمس الائمة السرخسي وبرد
ان الثاني اولى لان الحايطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء ببعضه القضاء بكله لعدم القايل بالاشتراك ثم يبقى
للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها لانها حجة مطلقة وهذه رواية
الطحاوي وصححها الجرجاني ولو كان الاتصال بطرفي الحايط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال اولى على اختيار عامة المشايخ
وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي واذا كان في يد رجل عشرة ابيات من دار وفي يد اخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفان
لاستوايهما في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها ولا معتبر بكون احدهما ذا ابيات والاخر
دون الاول لانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وعلى يد الاخر
هدبة حيث يقضى لصاحب الهدبة واذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث
جعلت الساحة بينهما مشتركة واجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والاخر كالاجنبي
عنه فالغي والشرب تحتاج اليه الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه واما
في الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل
بينهما على قدر عرض باب الدار قال واذا ادعى رجلان ارضا ادعى رجلان ان ارضا كل واحد منهما ادعى انها في يده لم يقض
القاضي انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد حق مقصود فلا يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم وحيث
كانت غير مشاهدة لتعذر احضارها لا بد من البينة لانها تثبت ما غاب عن المشاهدة وان اقام احدهما البينة جعلت
في يده لقيام الحجة فان قيل البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت انها في يد الاخر فليس بخصم اجيب بانه خصم باعتبار منازعته
في اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود
يعني فيجوز ان يكون مدعيه خصما فان اقاما البينة جعلت في ايديهما لقيام الحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما
ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا هذا قول ابي حنيفة وقالا يقسم بينهما بناء على مسئلة اخرى ذكرها في كتاب القسمة
فهي ما اذا كانت الدار في ايدي ورثة حضور كبار اقروا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من القاضي ان يقسمها بينهم
فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة انهم ان اباهم مات وتركها ميراثا لهم وقال ابو يوسف ومحمد يقسمها بينهم باقرارهم وليشهد انه
انما قسمها بينهم باقرارهم ومنهم من قال المذكور ههنا قول الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسم بحق اليد لاجل
الحفظ والصيانة والعقار غير محتاج الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج الى ذلك وان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه
ما هي في يده حلف كل منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان حلفا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد
صاحبه وان نكل احدهما قضى عليه بها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله واذا ادعيا ارضا
صحراء انها بايديهما يعني كل واحد منهما يدعي ذلك واحدهما لبن فيها او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك
اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الاموال
شرع في بيان دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه قال واذا باع جارية فجاءت بولد اعلم ان البايع اذا
ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل
وجه منها على اربعة اوجه اما ان ادعى البايع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة
اشهر وقد ادعاه البايع وحده فهو ابن البايع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف
منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا فلا يسمع دعواه كما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها واذا لم تكن الدعوى صحيحة
لا يثبت النسب الا انه في الجارية يدون الدعوى ووجه الاستحسان انا تيقنا باتصال العلوق في ملكه وذلك شاهد ظاهر على كونه
منه لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير وعن ولدها قوله ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض
وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء كون العلوق منه ثم يتبين له انه منه فيعفى فيه التناقض ولا كذلك العتق والتدبير وصار
كالمرأة اذا اقامت البينة بعد الخلع على ان الزوج كان طلقها ثلاثا واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام

ولده وذلك غير جايز فيفسخ البيع ويرد الثمن ان كان منقودا لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لان
دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية وتثبت لها امية الولد باقراره ثم
لا يصح من البايع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري وان ادعياه معا يثبت النسب من البايع
عندنا لان دعوته اسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير فان اصل العلوق لم
يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد لاقتصار الاول على الحال دون الثانية فكان البايع اولى
قوله وهذه دعوة استيلاد جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوة والملك معدوم ووجهه انها دعوة استيلاد وهي
لا تفتقر الى قيام الملك في الحال لانه يستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وكذلك ان ادعى المشتري
بعد التولد ان استغنى البايع لاستغناء الولد عن النسب وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما ان يصدقه
المشتري او لا فان كان الثاني فلا تصح دعوة البايع لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا
وان كان الاول ثبت النسب ويحمل الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن
في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الام فلا تصير ام الولد واذا لم تصر ام ولده بقي الدعوة في الولد
دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله والبايع ليس بمالك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا
صح دعوة المشتري لان البايع كالاجنبي وان جاءت به بين المدتين فاما ان يصدقه المشتري او لا فان لم يصدقه لم يقبل
دعوة البايع فيه لاحتمال الا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة وان صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر
والام ام ولد كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته دعوة استيلاد
حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد في ملكه ممكن وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البايع
في هذه الحالة كالاجنبي هذا اذا كانت المدة معلومة اما اذا لم يعلم انها ولدت بعد البيع لاقل من مدة الحمل او لاكثر من اكثرها
او لما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا فدعوة البايع وحده لا يصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه ودعوة
المشتري وحده صحيحة واحتمال كون العلوق في ملك البايع ان جاءت به لاقل المدة لا يمنع دعوة المشتري وان ادعيا معا لم تصح دعوة
واحد منهما وكان الولد عبد المشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبايع وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب
للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت فان قيل في جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البايع في وجه واحد فكان
المشتري اولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه متعاقبا ان سبق المشتري صحت دعوته
وان سبق المشتري لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في النسب من كل واحد منهما قال فان مات الولد فادعاه
البايع الاصل في هذه انه اذا احدث ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة ويبقى ثبوت النسب وعلى هذا اذا مات
الولد فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت
لعدم حاجة الولد الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت نسب
الولد واخذه لانه اصل اضافتها اليه حيث يقال ام الولد واستفادت الحرية من جهته لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها
ولدها قاله حين قيل له ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تعتقها ولان الثابت لها حق الحرية
وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبع ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا بناء على ان مالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب
فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وذكر المصنف رحمه الله رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن
فيه حكم الموت فاذا اعتق المشتري الام وادعى البايع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد
وعلى قيمة الام فما اصاب الام يلزم المشتري وما يلزم الام الولد سقط عنه عندهما وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره
ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة اذا لم يصدقه المشتري في دعواه وذكر الفرق استظهارا فانه كان معلوما من
مسئلة الموت والاصل في هذا الباب اعني به ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد
بالنسب والام تابعة له في ذلك كما مر وفي الفصل الاول يعني فيما اعتق المشتري الام قام المانع وهو العتق من الدعوة
والاستيلاد في البيع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد فان قيل اذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه
والنسب لكون العلوق في ملكه يقينا لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البايع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة
امه ام ولد للبايع فكان ينبغي ان يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب بان البيع ليس من ضرورات اي ليس ثبوت الاستيلاد
في حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه كما في ولد المغرور وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل ثم
انها ملك فاستولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من ابيه وليست امه ام ولد لابيه وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج
امراة على انها حرة فولدت فاذا هي امة وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البايع انه ولده قام المانع
بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد فيه وفي البيع قوله وانما كان الاعتاق مانعا بان

لا نفيه عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البايع ومعناه ان الاعتاق من المشتري يحق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام في الكل واحد منها لا يحتمل النقض فليس تفعل احدهما على فعل الاخر ترجيح من هذا الوجه وردبا اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البايع الولد الاخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى واجيب بان التوامين في حكم ولد واحد فمن ضرورة نسب احدهما والحكم بصيرورته من الاصل ثبوت النسب للاخر وتقابل ان يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الاخر والاخر ترجيح الدعوة على العتق وهو الخط والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الاخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زايد فان عورض بان البايع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به قوله ثم الثابت بيان لترجيح الاعتاق على الاستيلاد فان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبايع في الولد حق الدعوة وفي الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض بملك القديم مع المستولي من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقايق فقلنا ناخذه بالقيمة جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض اثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك قوله وقوله في الفصل الاول يريد به ان ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري الام فلم ابنه يرد عليه حصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الايمة في المبسوط وقاضي خان والمحبوبي انه يرد بحصة الولد من الثمن بخلاف الموت والفرق بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البايع فيما زعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يبق لزعمه غيره واما في فصل الموت فيعرتهم لم يكذبه الحكم بخلاف ما زعم البايع فيبقى زعمه معتبرا في حقه فيرد جميع الثمن والذي اختاره المصنف هو ما ذكره شمس الايمة في الجامع الصغير بنا على ان ام الولد لا قيمة لها وقيل انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري قيل الواجب ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض واجيب بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البايع وقد استهلكه بالدعوة قال ـــــ ومن باع عبدا ولد عنده والاصل في هذا انه اذا احدث في الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من اخر ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لا حتمله النقض وما للبايع من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او اجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينتقض لاجل ما لا يحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير لما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب من البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ولقايل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فان بينا وبان واما الدعوة من المشتري ومن البايع فقنا وبينا فاني ان الثابت بها حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البايع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثانية ومن ادعى نسب احد التوامين يثبت نسبهما منه وكلامه فيه ظ وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى البايع الاخر بعد اعتاق المشتري قال شمس الايمة يجوز ان يقال غلامان توم وتومان وقوله وبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل وكلامه ظ وقد تقدم الكلام فيه سوالا وجوابا قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا يعني على تقدير تصحيح الدعوة من البايع وقد تقدم ان حق الدعوة لا يعارض الاعتاق وهنا اي في مسلة التوامين بسبب بطلان اعتاق المشتري في المشتري تبعا لحريته حرية الاصل لا حرية التحرير في الضمير لحريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير للمشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وان ابدل به اشارة الى سبقها ليبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محلا فكان حليقا بالرد والابطال ولو لم يكن اصل العلوق في ملك المدعي ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجاز العوله هذا ابني حر دعوة التحرير ولو قال لاحد التوامين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل احد التوامين وابوه الاخر فادعى احدهما الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم يقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه واجيب بان ذلك لمعنى اخر وهو ان المدعي ان كان هو الاب فالابن قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فقد ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يتمشى مع دعوة التحرير قال ـــــ واذا كان الصبي في يد رجل واذا كان الصبي في يد رجل اقر انه ابن عبد فلان
او

او ابن فلان الغايب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا اما حالا فلوجود المانع وهو تعلق حق الغير واما مستقبلا فلان الغايب لا يخلو حاله عن ثلث اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يبطل باقراره تكذيب من جهة المقر له فبقي اقراره وفي الوجه الثاني لم يصح دعوته عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا الاقرار بالنسب يرتد بالرد اذا اكره على الاقرار بنسب عبد فاقر به لا يثبت وكذا الولا به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه كان على حد سواء فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه وصار كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق المشتري فكذبه البايع ثم قال المشتري انا اعتقته فان الولا يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار يتضمن شيئين خروج المقر عن الرجوع فيما اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له وتكذيب العبد لا يبطل شيء منهما اما الاول فلان تكذيبه ليس جانبه لما قلنا واما الثاني فلانه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر الامام فخر الاسلام بمن يشهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة او فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه لا تصح وكذلك اورد الامام المص وذكر الاسبيجابي انه على الخلاف فلا ينتقض بهذه سلمناه ولكن الولا قد يبطل باعتراض الاقوى بجر الولا من جانب الام الى جانب الاب وصورته معروفة وان لا يبطل اذ انعدم سببه ولم يتعذر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولا موقوفا وقد اعترض عليه ما هو اقوى وهو دعوى المشتري لان الملك له قايم في الحال فكان دعوى الولا مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على ما مر ان النسب مما لا يحتمل النقض وهذا لا يصلح جوابا عن جهة على اصل ابي حنيفة فيمن باع الولد ونحاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فينقطع باقراره بالنسب لغيره قال ـــــ واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح اثنيك لان الترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض ههنا لان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكر اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مالا اذ دلايل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام اي ينال الحكم بتبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها وتقابل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك ودلايل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا ترى الى كفرابائه مع دلايل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لابايهم يوجب دعوة الاولاد لابايهم ومدعي النسب اب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الايتان وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لهم كثرة فكانت اقوى من المانع وكفر الاباء محجود والاصل عدمه الا ترى الى ابتنا الاسلام بعد الكفر في الافاق ويترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منه بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة هذا والله اعلم بالصواب فلو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى وهو اوفر النظرين ونوقض بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد ثبتت الدعوى في البنوة ولم يترجح الاسلام واجيب بان البينتين وان استوتا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه اولى وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه يتقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لانه اشبه المدعيين لكونه يدعي حقا لنفسه قال ـــــ واذا ادعت المراة صبيا اذا ادعت المراة صبيا انه ابنها فاما ان تكون ذات زوج او معتدة او لا منكوحة ولا معتدة فان كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت انه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم يجز دعوتها حتى يشهد بالولادة امراة لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القايم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند ابي حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظ او اعترف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امراة واحدة وقد مر في الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قال يثبت النسب منها بقولها لان فيها الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمراة ومنهم من قال لا يقبل قولها سوا كانت ذات زوج او لا والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امرا لا يمكنه اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي امرا يمكنه الاثبات بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة والمراة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفا فيه فلا يحتاج اليها وانما يعدم التحميل على احد فيها ولو كان الصبي في ايديهما اراد صبيا لا يعبر عن نفسه فاما اذا اعبر فالقول له اي صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظ قال ـــــ ومن اشترى جارية فولدت ولدا ثم استحق باب دعوى النسب بمسلة ولد المغرور والمغرور من وطي امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فولدت منه ثم تستحق ،، وولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقها الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولا

الاول هو صح

بخلاف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان
الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب عليه قيمته واليه ذهب اصحابنا لانه قد
ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ولان النظر من الجانبين
واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما قوله ثم الولد حاصل بيان لسبب الضمان
وهو المنع لانه حاصل في يده من غير صنعه يعني من غير تعد منه فكان كولد المغصوب امانة لا يضمن الا بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم
الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته لانعدام المنع وانه لو ترك مالا لا يضمن ايضا لان المنع لم يتحقق لانه
ولاعن بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولا يقال ينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل
في حق الاب رقيق في حق المدعي لانه علق حر الاصل في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء
بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وانه لو قتله الاب ضمن قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامة
نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته لانه جز المبيع وهو الام لان
الغرور شملهما بخلاف العقر فانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفا منافعها وهي ليست من اجزا المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته

كتاب الاقرار

قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يعقوه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة
والوديعة ظ التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه على المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره سبب للخصومة
مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فصاحب
المال بالمال لا يخلو اما ان يسترجع منه اولا فان استرجع منه فلا يخلو اما ان يسترجع بنفسه او بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه لانه لم
يتعلق به حكم من المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة قال — واذا اقر الحر البالغ العاقل الاقرار مشتق من القرار فكان
في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشرطه سنذكر في اثنا الكلام وحكمه انه ملزم
على المقر ما اقر به عن ثبوت الحق وشرطه ما اقر به لوقوعه دلالة على المخبر به فان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد تعضد
هذا المعقول بقوله صلى الله عليه وسلم الاقرار والاكرام به في باب الحدود فانه صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقراره والغامدية
باعترافها فانه اذا كان ملزما فيما تندري بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى وهو حجة قاصرة اما حجيته فلما تبين انه ملزم وغير الحجة
غير ملزم واما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه ان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا والمحتمل
لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفا التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية في الاقرار على غيره فبقي على الترد
المنافي لصلاحيته للحجية وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد الماذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه
لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق
لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزم او لم يلزم فسكت فلا يرد عليه شي ويصح ان يقال بغير معذرة وانما هو لبيان الفرق بين
العبيد في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون الماذون له وقوله لان اقراره الخ دليل ذلك المجموع
والضمير في اقراره للمحجور عليه اي اقرار المحجور عليه عند موجبا تعلق الدين برقبته وهي حق مال المولى فلا يصدق عليه لعقوبة
المحجور بخلاف الماذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين التجارة لان الناس لا يبايعونه
اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ قد لا يتهيا لهم الاشهاد في كل تجارة يعاملونها معه وبخلاف الحد والقصاص لان العبد فيهما مبقى على
اصل الحرية حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان وجوب العقوبة ينبا على الجناية والجناية تنبا على كونه مكلفا وكونه مكلفا من
خواص الادمية والادمية لا تزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام
الا اذا كان الصبي ماذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما فجهالته لا تمنع صحته لان الاقرار اخبار
عن لزوم الحق والحق يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه
فالاقرار قد يلزم مجهولا وعورض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد تلزم مجهولة وليست
بصحيحة اجيب بان العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفا المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول
لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل ان يقول لك على واحد منا الف واذا اقر بمجهول قيل له بين المجهول لانه المجمل فاليه البيان
كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره بالاجبار وفي بعض النسخ
بتصحيح اقراره وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له علي شي لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا
قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فاذا بين ما له قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا كحبة
حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده المقر له او لا فان ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو
منكر وكذلك اذا قال لفلان علي حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب ولذا لو قال غصبت منه شيا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين
ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ
مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك
فكانت

فكانت مكابرة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك
على وجه يزيل يده وهو لا يتحقق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما فالجواب ان ذلك حقيقته
وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة قال — ولو قال لفلان علي مال
اذا قال في اقراره لفلان علي مال فمرجع البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله فيما بين الا فيما دون الدرهم والقياس قبوله
لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال الشافعي هو مثل الاول وقلنا انه لو وصف العظم فلا يجوز
فلا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والغني عظيم عند الناس والغني بالنصاب لانه يعد صاحبه غنيا فلا بد من البيان
به فان بين بالمال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا ففي الابل خمس وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكاة من
جنسه وفي الدراهم بمايتي درهم وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب وهذا قول ابي يوسف
ومحمد ولم يذكر محمد قول ابي حنيفة في الاصل في هذا الفصل وروي عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه
عظيم تقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ فيه
فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي تجب فيه الزكاة قال في النهاية والاصح على قولهم انه يبنى على حال المقر
في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيمة ولو قال اموال عظام فالتقدير في
ثلاثة نصب من اي نوع سماه اعتبارا لادنى الجمع واذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة وفي
اقل من مايتي درهم عندهما وفي اقل من ثلاثة عند الشافعي لان الكثرة امر اضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف
فيها مختلف فكم من كثير عند قوم قليل عند اخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وباقل منه كما في السرقة والمهر وبالمايتين
اخرى كالزكاة ووجوب ومانا من اخذها وباكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها اصلا فيعمل بقوله
دراهم وينصرف الى الثلاثة وقالا امكن العمل بها حكما لان في النصاب كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغا وقال ابو حنيفة الدراهم تمييز
يتعين به تمييز العدد واقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد فقال احد عشر درهما ومائة والف درهم
فتكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف
اليه لا يعدل الى غيره ولو قال له علي الف درهم فهي ثلاثة بالاتفاق لانه اقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى الا ان يبين
اكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف
حمل على وزن سبعة لكونه معتبرا في الشرع قال — ولو قال كذا وكذا درهما كذا كناية عن العدد والاصل في استعماله
اعتباره بالمفسر فماله نظير من الاعداد المفسرة حمل على اقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل فاذا قال كذا درهما
كان كما اذا قال له علي درهم واذا قال كذا كذا كان احد عشر وان ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير فاذا قال كذا
وكذا كان احدا وعشرين وان ثلث بالواو كان مائة واحدا وعشرين وان ربع يزاد الفا ولو قال له علي او قبلي فهو اقرار لان
على للايجاب وقبلي ينبي على الضمان على ما مر في الوكالة الكفالة ولو وصل المقر فيهما بقوله وديعة صدق ويكون مجازا لان الايجاب
حفظ المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا قال المصنف وفي نسخ المختصر يعني مختصر القدوري
في قوله قبلي انه اقرار بامانة لان اللفظ ينتظمهما حيث صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما
فيحمل عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية شرح مسائل الجامع
الصغير والقدوري الا ان المذكور في الاصل هو الاصح فقدمه في الذكر ولو قال عندي او معي او في يدي او في بيتي او في كيسي
او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشي في يده واليد متنوع الى امانة وضمان فيثبت اقلهما
وهو الامانة ونوقض بما اذا كان له قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة دين فانه دين ولم يثبت اقلهما وهو الامانة واجيب بانه
ذكر لفظين احدهما يوجب الدين والاخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حملا
للاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشي لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال لرجل لي عليك الف درهم فقال
اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها كان اقرارا للمدعي لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى
المذكور اولا فكانه اعاده بصريح لفظه فلان في كلامه في الاولين بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف
التي لك علي كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور لكونه
مستقلا فكانه قال اقعد وزانا للناس واكتسب المال واترك الدعوى الباطلة او نقادا او انتقد للناس دراهم واما
في قوله اجلني فلان التاجيل انما يكون في حق واجب واما في قد قضيتكها فان القضاء يتلو الوجوب ودعوى الابرا
كدعوى القضا لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها
لي كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضي سابقة الوجوب واذا قال له علي الف الى سنة وقال المقر له بل هي
حالة فالقول للمقر له لان المقر اقر على نفسه وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق كما اذا اقر بعبد في يده لغيره وادعى الاجارة
لا تصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة في الدراهم فيلزم على الصفة التي

اقر بها وتقدمت المسألة في الكفالة ويستحلف له المقر على انكار الاجل لانه منكر واليمين على من انكر وان قال له على مائة ودرهم
لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب او مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع في تفسير المائة اليه لانه المجمل وهو
القياس في الدرهم ايضا وبه قال الشافعي لان المائة المبهمة والمبهم محتاج الى التفسير ولا تفسير له هنا لان الدراهم معطوف
عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان
وهو الفرق بين الفصلين انهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال فيما يكثر استعماله وكثرة
الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في
الذمة في جميع المعاملات حالة وموجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت في الذمة في جميع المعاملات
حالة وموجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت في الذمة دينا الا سلما والشاة لا تثبت دينا في الذمة
اصلا فلم يكثر كثرتها على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند
الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا ان الثياب وما لا يكال ولا
يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما
تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير
لان قال الاثواب جمع لا يصلح تمييز المائة لانها لما اقترنت بالمائة لثلاثة صار العدد واحدا قال ومن اقر بتمر في قوصرة
الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بشيئين احدهما ظرف للآخر فاما ان يذكرهما بكلمة في او بكلمة من فان كان الاول كقوله
غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر او ثوبا في منديل او طعاما في سفينة او حنطة في جوالق
لزماه لان غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما
من سفينة لم يلزم الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن اقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت
درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصلح ظرفا للاول لغا آخر كلامه ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة
يعني ان الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه الا ضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وكذا اذا قال غصبت منه
طعاما في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين
والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد رحمه الله يدخلان في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه يرى بغصب
العقار والنصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمايل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب
والاسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب وبقية كلامه تعلم من الاصل المذكور وقوله لان النفيس من الثياب قد
يلف في عشرة اثواب قيل هو منقوض على اصله بان قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير لزم الكل عند محمد مع ان
عشرة اثواب حرير لا تجعل وعاء للكرباس عادة قوله على ان كل ثوب موعا وليس نوعا معناه ان الجميع ليس نوعا للواحد
بل كل واحد منهما موعا بحواه والوعا الذي هو ليس بوعي هو ما كان ظ فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد
كان آخر كلامه لغوا وتعين اول كلامه محملا يعني ان يكون في معنى الدين قوله لان الضرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب
في تكثير المال الاجزا لا ازالة الكسر لا في زيادة المال وعشرة دراهم وزنا وان جعلت الف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وباقي
كلامه ظ وقد تقدم في كتاب الطلاق فصل لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحقها
مسالة الخيار اتباعا للمبسوط قال ومن قال لحمل فلانة على الف درهم ومن اقر لحمل فاما ان يبين سببا اولا فان بين فاما ان
يكون سببا صالحا اولا فان كان صالحا مثل ان يقول اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا لو عايناه حكمنا به
فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به في مدة يعلم فيها انه كان قائما اي
موجودا وقت الاقرار بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لاكثر الى سنتين وهي معتدة فكذلك
واما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه وكذا ان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث يقسم بين ورثته
لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين
ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين
وان كان السبب غير صالح مثل ان قال باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة
وهو ظ ولا حكما لانه لا يولى عليه فان قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين
كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطا ويد فلان صحيحة وهي بخلاف ما اذا اقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه الم يتصور ذلك
منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنايبه وهو القاضي او من ياذن له القاضي واذا تصور للنايب جاز للغير اضافته الاقرار اليه
وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وصححه محمد لان الاقرار اذا صدر من اهله مضافا
الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا تردد في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى المحل بحمله على السبب الصالح
حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد الماذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة
والصحة

والصحة حملا بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة
ولهذا حمل اقرار العبد الماذون له واحد المتفاوضين عليه فخذيه الشريك الآخر والعبد في حال رقه فيصير بدلالة العرف
كالتصريح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا بان الجارية كانت لواحد اوصى بحملها لرجل
ومات والمقر وارثه وورث الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث في هذه الصورة لان من له
ميراث في الحمل له ميراث في الحامل ايضا ومن اقر لرجل بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلاثة ايام فالاقرار صحيح يلزمه به ما اقر به
لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله على ونحوه والخيار باطل لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر ان كان صادقا فمطابقته
للواقع فلا معتبر باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تاثيره في العقود لتغير به
صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه

باب الاستثنا وما في معناه

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير
شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثنا وما في معناه في كونه تغييرا وهو الشرط والاستثنا استفعال من الثني وهو الصرف
وهو متصل به وهو الاخراج والتكلم بالباقي ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه قال ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه
ولزمه الباقي اما لزوم الباقي فلان الاستثنا مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله على عشرة الا درهما معنى قوله
على تسعة لما عرف في الاصول وانما اشترطنا الاتصال فان قول عامة العلما ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التاخير وقد عرف
ذلك ايضا في الاصول ولا فصل بين كون المستثنى اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وقال الفرا استثنا الاكثر لا يجوز لان العرب
لم تتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه واستثنا الكل باطل لما
ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا فان
استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثنا وهذا اذا كان الاستثنا بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح
قال المصنف في الباب الاول من ايمان الزيادات استثنا الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثنا بعين ذلك اللفظ
اما اذا كان بغير ذلك فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثنا ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى اتى على
الكل صح قيل وتحقيق ذلك ان الاستثنا اذا وقع بغير اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة
عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما تناوله الصدر والامتناع
من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ فانه لم يكن جعله تكلما بعد الحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ
على المعنى واهمال المعنى راسا فما وجه ذلك اجيب بان الاستثنا تصرف لفظي الا ترى انه اذا قال انت طالق ست تطليقات
الا اربعا صح الاستثنا ووقع طلقتان وان كان الست الا اربعا الا ستا ووقع طلقتان وان كان الست لا صحة لها من حيث الحكم
لان الطلاق لا يزيد على الثلث وصح هذا الا بجعل كانه قال انت طالق اربعا الا ثلثا فكان لاعتباره اولى ولو قال له على مائة درهم
الا دينارا او الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وله مائة الا قيمة الدينار او القفيز خلافا لمحمد ولو قال له على مائة
الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي وقوله فيهما في قول محمد والشافعي يعود الى المعدود وغيره لان الكلام البق يشتمل على الدينار والقفيز
وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر لمحمد ان الاستثنا ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس و
ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي وكلام المصنف كما ترى يشير
ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي ايضا وهو الحق وفخر الاسلام رحمه كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثنا عنده
يعارض الصدر وليس من شرط المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول لان الاستثنا لبيان ان الصدر
لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا ولابي حنيفة وابي يوسف ان شرط الاستثنا المتصل المجانسة وهي في المقدرات
ثابتة وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وان الكلام في تناوله اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على احص اوصافها
الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب اما الدنانير فظاهرة واما المقدرات فلانها اثمان باوصافها فانها اذا
وصفت ثبتت في الذمة حالا وموجلا وجاز الاستقراض بها واما العددي المتقارب فلانه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان
ثمنا صلح مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في احص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم
بقيمته واما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت اوما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة وما
لا يصلح بثمن لا يصلح مقدارا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثنا من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه
فلا يصح الاستثنا ولقايل ان يقول ما ليس بثمن لا يصلح مقدارا من حيث اللفظ او القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني
ممنوع فان المقدرات يقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنا يقتضي حقيقة التسوية ثم المصير الى
القيمة وليس ذلك في غير المقدرات قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله ومن قال لفلان على مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه
الاقرار لان الاستثنا بمشية الله تعالى اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو
مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشية فقال ان شاء الله انت طالق فعند ابي يوسف لا يقع الطلاق لانه ابطال
وعند محمد تقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع وكيف ما كان لم يلزمه

الاقرار لانه اذا كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق
والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس
لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا
كما تقدم قال ــــ ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه ومن قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر له الدار والبناء لان البناء لم يتناوله
لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى من متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى اما ان لفظ
الدار لم يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شي من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري
واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل
فيه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها والا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت
في بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى شيئا منها بعد ذلك فلا
يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض
دون البناء لفلان والبناء لا يتبعها بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار
بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل تخرج على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان
الاقرار لانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيئين يتبع احدهما الاخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظ وان كان لشخصين فان قدم التابع
فقال بناء هذه الارض لفلان والارض لفلان فهو كما قال لان الاقرار الاول صحيح لم يجعل البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان
قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لان الاقرار به يستتبع التابع فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا اقر باحدهما فان كان
المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لي كان للمقر له بالاستتباع وان كان التابع كقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لان في الاول
دعوى بعد الاقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه فيصح قال ــــ ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد ومن قال له علي الف درهم من ثمن
عبد اشتريته منه ولم اقبضه فاما ان ذكر عبدا بعينه اولا فان كان الاول فهو على وجوه احدها ان يصدقه المقر له فيقال ان
شئت سلم العبد وخذ الالف والا فلا شي لك لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لانهما تصادقا
وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب ان ذلك حكم ما اذا ادعى
المقر له تسليم الثمن وليس ما نحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك
ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف
السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي الف غصبته منك وقال لا بل استقرضت مني ولا تفاوت في هذا بين ان يكون
العبد في يد المقر او يد المقر له فانه اذا كان في يد المقر ياخذ العبد ولو قال مع ذلك اي مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعي
لزوم المال ببيع عبد آخر تحالفا لان المقر يدعي تسليم هذا العبد والآخر ينكره والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والمقر ينكره واذا تحالفا
بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن هو في يده وان كان الثاني لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل او فصل لانه رجوع
عما اقر به فان اقراره صح رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان جهالة المبيع مقارنة كانت كالهلاك
حالة العقد او طارية كما اذا اشترى عبدا او نسيناه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب
سقوط نقد الثمن فاول كلامه اقرار بوجوب الثمن واخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد
المقر له اما ان يصدق المقر في الجهة اولا فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما سياتي وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل
فان وصل فالقول قوله وان فصل لم يصدق لان اول كلامه موجب واخره قد يغيره لانه يحتمل انتفاؤه على اعتبار عدم القبض فكان
بيان تغيير وهو انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله والا اقر انه باعه متاعا الخ وانما عبر عنه بذلك ليعلم ان الحكم في المتاع
حكم العبد قوله وبه لا يتاكد الوجوب اي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتاكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض
المبيع في حيز التردد لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتاكد بالقبض والمدعي يدعي القبض والمقر ينكره
فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتاكد الجواب لا يصلح
لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفا ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح
لانه في بيان التعليل وليس فيه استعارة بذلك ويمكن ان يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال انه وجد السبب
لا يتاكد لكنه يتاكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له ولو قال ابتعت منه وفي بعض النسخ ابتعت
منه بيعا اي مبيعا وفي بعضها عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض ولم يقر بوجوب الثمن لجواز
ان يوجد البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض هذا مفهوم كلام
المصنف وفيه نظر فانه انما كان كذلك ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع قال ــــ وكذا لو قال
من ثمن خمر او خنزير ولو قال له علي الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف او تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وصل او فصل اذا لم
يصدقه المقر له لانه رجوع لانه اقر بوجوب الف ثم زعم انه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا ولذا لا
وصل

وصل
لم يلزمه شي لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراها
واداء ثمنها فيحتمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان اخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا فصار كما اذا قال في اخره ان
شاء الله واجاب بان ذلك صيغته وضعت له والتعليق بين اهل اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ع
تعليق لانه
ووجوب الارسال المال عليه من حكم الارسال مع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع
بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا ولو قال له علي الف من ثمن متاع او اقرضني الفا ثم بين انها زيوف او نبهرجة وقال
المقر له هي جياد لزمه الجياد عند ابي حنيفة وقالا ان قال ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة
او رصاص لكن على احد قولي ابي يوسف فان في رواية عنه لا يصدق وان وصل وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف
بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال له علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف
الى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالا والستوقة بمجازه لانها
تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكرهما اخرا كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء
وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة
عيب فلم يكن داخلا تحت العقد فلا يكون دعواه بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا
وقال المشتري سليما كان القول للمشتري لما بينا ان مطلق العقد يقتضي السلامة والستوقة ليست من جنس الاثمان
والبيع يرد على الثمن فلم يكن من محتملات العقد فكان دعواه رجوعا قوله وقوله الا انها وزن خمسة جواب عما استشهدا به
ووجهه انه ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء
البناء في الدار فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة ضد الجودة فهي
صفتان يتعاقبان على موجود واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لم لا يقال انها صفة ان
دفع للتحكم اجيب بان الرداءة في الحنطة نوع لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الخلقة السليمة
والحنطة قد تكون ردية في اصل الخلقة واذا كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا
لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسط او ردية فليس في بيانه تغيير موجب اول كلامه فيصح موصولا كان او مفصولا
وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض
بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد والجياد
المطلق ينصرف اليه
هي المتعارفة والمتعارف والمراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر
والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يبين الجهة قال الفقيه
ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال يصدق بالاجماع اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها ولم يذكر ما
يصرفها الى الجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف لا يصدق عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها
مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني الفا
ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل في
غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض فان التعامل فيه بالجياد كما مر فيكون بيان النوع فيصح وان كان مفصولا
وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيوف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان
يكون بيانا مغيرا ولا يقبل مفصولا ويمكن ان يجاب عنه بانا قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من غير الخلقة
فيكون نوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وح يجوز ان يكون نوعا وعيبا والضابط في ذلك ان تنظر في الجهة
الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان
يكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانت نوعين
لمطلق الدراهم لاحتمالها اياها احتمال الجنس الانواع هذا والله اعلم بالصواب قوله ولهذا اي ولاجل ان لا مقتضى له في الجياد
لو جاء رادا المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا
كان او امينا وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ الموجب للضمان فيهما القبض وهو موجود
فيهما ولو اقر بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقة او رصاص موصولا صدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم
يحتمله مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل ولو قال في هذا كله يعني المذكور من البيع والقرض والغصب الفا الا انه
ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء مقدار وقد تقدم بيانه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو وصل لان
الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في اخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم
الاحتراز عنه قال ــــ ومن اقر بغصب ثوب هذه قد تقدم وجهها ان الغصب لا يختص بالسليم قوله ومن قال اخذت
منك الف درهم المقر اما ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقولك اخذت وشبهه او على فعل غيره كاعطيت فان كان الاول واتى بما لا يوجب الضمان

نحو ان يقول اخذت منك وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه وان ادعى غيره ضمن المقر لانه في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والاخر
ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانيه وان كان الثاني نحو ان يقول اعطيتني وديعة وادعى الاخر غصبا لم يضمن
والفرق انه في الاول اقر بسبب الضمان وادعى ما يبريه وانكره الخصم فكان القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم سبب
الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله قوله فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية
سلمناه لكن ضروري فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر قوله القول قول الذي اخذ منه الدابه والثوب يعني اذا
لم يكن ذلك معروفا للمقر اما اذا كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره
سبب الاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول ههنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا
لابي حنيفة وقوله وجه القياس ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول
للمنكر وقوله فيكون القول قوله في كيفيته اي في كيفية اليد انه باي طريق كان كما لو قال ملكت عبدي لك بالف درهم الا
اني لم اقبض الثمن ولي حق الحبس كان القول له وان زعم الاخر خلافه وقوله وقد يكون من غير صنعه كاللقطة فانها
وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبه وكذا اذا هبت الريح والقت ثوبا في دار انسان وقوله ليس مدار الفرق
اشارة الى الرد على الامام العمي فيما ذكر ان الرد انما وجب في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذتها منك فيجب جزاوه وجزا
الاخذ الرد وقال في الاجارة واختيها اي العاريه والاسكان فرده على فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا
في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشي لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واختيها ايضا وانما
الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهذا اي الذي ذكر في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف
درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها
وذلك معلوم فاذا اقر باقتضا الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضا انما يكون بقبض دين معلوم والاقرار بقبض
مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكر اما ههنا يعني في صورة الاجارة
واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وعليك بتطبيق ما ذكرنا باقي المتن لينظر التقديم
والتاخير الواقع في كلام المصنف حسن التدبر ان شا الله والباقي كلامه لا يحتاج الى شرح باب اقرار المريض
افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة قال واذا اقر
المريض في مرض موته اذا مرض المديون ولزمته الديون حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل
مهر امراة تزوجها وعلم معاينة واقر في مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون
المقر بها وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض سواء كان بسبب معلوم او لا يستويان لاستوا سببهما وهو الاقرار الصادر عن
الاهل اذ الغرض فيه المضاف الى محله وهي الذمة القابلة للحقوق فصار كانشا تصرف مبايعة او مناكحة وانما يعرض لوجود
العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاقرار والاخبار عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه
ولنا ان الاقرار غير معتبر به اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرما الصحة تعلق بهذا المال استيفا
ولهذا امنع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة فان الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال
حق بقية الورثة اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى اخرهما وجودا
وهو الموت بخلاف الدين فانه يوجب بالاقرار لا بالموت قوله بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي من انشا
النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصليه والمرغير ممنوع من الحوائج الاصليه وان كان ثمه دين
الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية قوله وهو بمهر المثل يجوز ان يكون حالا يعني ان النكاح من الحوائج
الاصليه حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطله والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعه
جاز وليست تحتاج اليها فلم تكن من الحوائج الاصليه وان كان ثمه اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشه
والعبرة للاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها قوله وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق
الغرما لانه يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرما بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة
لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال للقدرة على الاكتساب
فيتحقق التثمير فلم يحتج الى تعليق حق الغرما بماله وهذه اي حالة المرض حالة عجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به تحرزا
عن التوي فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق غرما
الصحة لذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة يعني اوله واخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة لانه حالة الحجر فكانا بمنزلة
اقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر الاقرار ان جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حال الاطلاق وهذه حالة عجز فيعتبر فان
فيمنع تعلق حق غرما الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في اخره وهذا الدليل

ثبوت م

قيل م

افاد

افاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه
لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له فيتقدم على المقر به ويصير مثل دين الصحة فلا تقدم احدهما على الاخر لما بينا انه من الحوائج الاصليه يعني
من النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره قال ولو اقر بعين في يده اخر لم يصح الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه بعينه عن
ذلك تعلق حق الغرما بالعين ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرما دون بعض سواء كانوا غرما الصحة او المرض او مختلطين
لان في ذلك ابطال حق الباقين فلا يصح فان فعل ذلك لم يسلم للقابض بل يكون بين الغرما بالحصص عندنا وقال الشافعي يسلم له
ذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف ان لا يسامحه بالابرا بعد موته ويخاصمه في الاخرة والتصرف على
وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره قوله الا اذا قضى ما استقرض استثنا من قوله ولا يجوز
للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينه او بالمعاينه
جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرما وانما حوله من محل الى محل يعدله ارايت لو رد ما استقرضه
بعدله بعينه او فسخ البيع ورد المبيع الا ان يبتغى سلامة للمردود عليه لحق غرما الصحة لا فكذلك اذا رد بدله لان حكم
البدل حكم المبدل فاذا اقتضيت الديون المتقدمة بنوعيها وفضل شي صرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته
صحيح اي محمول على الصدق في حقه حجة عليه وانما رد حقا لغرما الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهر صحته واذا لم يكن عليه
ديون في صحته جاز اقراره وان كان بكل المال لعدم تضمنه ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله
عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك في جميع تركته فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه السلام
الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر اجيب بان ذلك في الوصية وما في معناها والاقرار للاجنبي ليس من ذلك كما
سياتي ولان قضا الدين من الحوائج الاصليه لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة تتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن
الحاجة ولهذا اتقدم تجهيزه وتكفينه قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح واقرار المريض لوارثه باطل سوا اقر بعين او بدين
الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال
والمريض غير ممنوع عنه ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته وصار كالاقرار للاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة للوارث كما
اذا اودع اباه الف درهم بمعاينة الشهود فلما حضر الوفاة للاب قال استهلكتها ومات وانكر بقية الورثة فان اقراره صحيح
والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض انما يرد للتهمة ولا تهمة ههنا الا ترى انه ان كذبناه فات وجب الضمان ايضا
في تركته لانه مات مجهلا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وهو نص في الباب لكن تمسك الاية قال هذه
الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنه واراد به ما روي عنه اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز
وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه اخذ علماونا لان قول الواحد من فقها الصحابة عندنا مقدم
على القياس ولان حق الورثة متعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا وفي تخصيص ابطال لحق الباقين وتذكر
ما اوردنا بالاقرار بوارث اخر وما اجبنا عنه ولان حالة المرض حالة الاستغنا عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتها
الامال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها نورث تهمة تخصيصه والقرابة تمنع عن ذلك لانها سبب تعلق حق الاقربا بالمال
وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم لشي منه بلا مخصص الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجة الى المعاملة في حال الصحة
لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه فان قيل فالحاجة موجوده في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون
مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما تقع المعاملة مع الوارث لان البيع للاسترباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة
معه فلا يحصل الربح وكذا لا يظهر في حق الاقرار بوارث اخر لحاجته ايضا وهو السوال المذكور وانما ثم هذا التعلق حق بقية الورثة
فاذا صدقوه فقد ابطلوه فصح الاقرار قال واذا اقر لاجنبي جاز واذا اقر المريض لاجنبي صح وان احاط بماله لما بينا ان
قضا الدين من الحوائج الاصليه وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فان القياس يقتضي
جوازه الا بقدر الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كاملا الا انا قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي
لان الثلث بعد الدين محل التصرف فينفذ الاقرار في الثلث الثاني ثم وثم حتى ياتي على الكل فان قيل للمريض حق التصرف في ثلث
ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه
هو من الابتدا فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان ياتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض
وصيه بل الثلث محلها ليكلا فترقا قال ومن اقر لاجنبي الخ المقر له اما ان لا يكون وارثا للمريض او يكون والوارث اما ان
يكون مستمرا او غير مستمر وغير المستمر اما ان يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة المرض لحجب او لغيره واما لغيره فاما ان يكون سبب
الارث مما يستند الى وقت العلوق اولا واما ان يكون اعني غير المستمر وارثا في الحالين غير وارث بينهما فذلك ثانية اوجه ففيما لم يكن
اصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان للانتفا بحجب كما اذا اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولد او اسلم
الولد الكافر او اعتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان الوارثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره كما اذا كان
طلق زوجته ثلثا بامرها وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمة ايثارها بقيام العلة فلعله استقل ميراثها وباب الاقرار

المقبوض م

فقضى م م

للوارث مسدود فان قدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في الاقل فيثبت وفيما كان وارثا حالة الموت
دون الاقرار فان كان يحجب كما اذا اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر اعتبارا بحالة الاقرار لانه موجب
بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحاجب وراثته
فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي
في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان بالمستند
يتبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم تزوجها بعد
مضي العدة ومات بطل الاقرار عند ابي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يوثر
فيما قبله فيما لم يكن ليس بمستند كما اذا اقر لمحض في مرضه ثم صح ثم مرض ثم مات ووجه قول ابي يوسف وهو الاستحسان ان
الاقرار للوارث بطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قايم مقام
الاول في تقرير صفة الوراثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن متقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار

فصل

ذكر الاقرار بالنسب على حدة في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته ولصحة الاقرار بالولد ثلث شرايط ان يكون يولد
مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وان لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره وان يصدق المقر في
اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب ولا يمتنع
الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوايج الاصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت واذا ثبت
كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين هذا بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز
اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل جايز سواء كان اقراره بهولاء في
حال الصحة والمرض لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول
بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام لصحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرايض
للامام سراج الدين المصنف رحمه الله والمذكور في المبسوط والايضاح وجامع الصغير للامام المحبوبي ان اقرار الر
جل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمراة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية به والله اعلم بصحته وقد عرفت صحته
بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج ومولى العتاقة والامر في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان
فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لابايهم وعليه الاجماع الا ان يصدقها الزوج
لان الحق له ويشهد القابلة بولادتها لان الغرض ان الفراش قايم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في
الطلاق قوله وذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج
واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق
هولاء والمراة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج او عدته منه وان لا يكون اختها تحت المقر ولا اربع سواها ويصح
التصديق في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر
بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي من اثار النكاح الا ترى انها تغسله بعد الموت لقيام
النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما
وقال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق
على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ومعناه ان
التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث ولقايل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق
على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت بالتصديق يستند الى اول الاقرار ويعود ما
ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع في زمان يعتبر النكاح المعاني قايما باعتبارها فكذا المقر
واما الارث فليس بلازم له لان المراة كتابية فلم يعتبر قايما باعتباره قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد مثل
الاخ والعم لم يقبل في النسب لان فيه حمله على الغير واما في الارث فان كان له وارث معروف قريبا كان كذوي الفروض
والعصبات مطلقا او بعيدا كذوي الارحام او لا يكون فان كان فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم
الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه اقر بشيين بالنسب وباستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو
غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في ماله عند عدم الغريم والوارث حتى لو اوصى بجميعه استحقه
الموصى له وبقية كلامه لا يحتاج الى بيان قوله ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسبه مبنيا على ما ذكرنا ان الاقرار على نفسه صحيح
فيشاركه في الارث وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن ابي حنيفة وان كان المقر احد ابنين لم يثبت
النسب اتفاقا والمقر له يشارك المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل ان اقراره يتضمن شيين حمل النسب على الغير والاشتراك في المال
ولا ولاية له في الاول فلم يثبت وله ذلك في الثاني فيثبت قال ابو حنيفة رحمه الله اذا اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه

بجواز ان يكون

اخوه

اخوه المعروف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شايع في
النصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة الاخ ولابي حنيفة ان زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما في
يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية قال ومن مات وترك ابنين ومن مات وترك ابنين وله على اخر مائة درهم
فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللاخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت
فيصح على نفسه ولا يصح عليهما يحلف الاخ بالله ما يعلم ان اباه قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم لان هذا اقرار بالدين
على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما مر ان الديون تقضى بامثالها واقرار الوارث بالدين على الميت
يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى
كما ذكرنا انفا وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة
الدين انما يكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم تنتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق
القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على
المقبوض فتضادا فاعلى كون المقبوض مشتركا بينهما فالمرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر
خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تضادا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو
رجع يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفايدة بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر على القابض
بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه ان اباه لم يقبض شيا وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض
في هذا القدر فيرجع لتمام حقه ويرجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور ونقل بلا
ان يقول اذا كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيا كان من زعمه ان اخاه في اقراره ظالم وهو فيما يقبضه اخوه منه مظلوم
فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل
طالب لتمام حقه والله اعلم

كتاب الصلح

وقد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيده
وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه وقد بيناه
في التقرير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسياتي تفصيله وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين
واما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من
غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت وحكمه ملك المدعي المصالح عليه
منكرا كان الخصم او مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره ان كان مقرا وان
كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك اولا وانواعه بحسب احوال المدعى عليه ما هو المذكور
في الكتاب وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما سنذكر وجوازه ثابت بالكتاب والسنة قال الصلح على ثلثة
اضرب الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي و
الاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا وكل ذلك جايز بقوله تعالى والصلح خير فانه باطلاقه
يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والصلح خير
فكان للعهد اجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصالحا لان الصلح خير
فكان عاما ولانه وقع قوله ان يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه فان
قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على اخر وصلح من ادعى
على امراة نكاحا فانكرت لا يجوز فينصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع
لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه ولقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جايز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي
لا يجوز مع انكار او سكوت لانه صلح احل حراما او حرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي ولان المدعى عليه يدفع
المال لدفع الخصومة وهذه رشوة وهي حرام ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير واول ما روينا من الحديث وهو قوله
صلى الله عليه وسلم كل صلح جايز بين المسلمين وتاويل اخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا بعينه كالصلح على ان لا يطا
الضرة او لا يتسرى والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة
لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على الماخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي
قبل الصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه وقبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما بعينه ولان هذا صلح
بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقتضي جوازه لوجود المقتضي وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة
الدعوى او من جهة الاخذ وليس شيء منهما بموجود اما الثاني فلان المدعي ياخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع
واما الاول فلان المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا مشروع لان المال وقاية الانفس ودفع الظلم
عن نفسه بالرشوة امر جايز لا يقال لا نسلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا

كتاب الصلح

كان على صاحب الحق فهو محض في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي احد الورثة عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فيجوز للدافع وتمامه في احكام القران للرازي فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على اخر الف درهم وهو ينكر ونصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه اذ في زعمه انه صرف لانه صالح عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس قال فان وقع الصلح عن اقرار اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين فتجري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية وتفسده جهالة المصالح عليه لانها تفضي الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليه على اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لامحالة واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل ان يدعي حقا في دار رجل والاخر ادعى المدعى عليه ارضا في ارض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج اليه وقد اصطلحا على ان يدفع احدهما مالا ولم يبينه على ان يترك الاخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا في دار في يد رجل فلم يسمه فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال ابدا او حتى يموت لا يجوز لان الاعتبار للمعاني كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة كالاجارة قال وان وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا ان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بما يقابلها اجاب بقوله قد يجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحل في حق امراته والحرمة المؤبدة في امها وهذا اي كونه لافتداء اليمين وقطع الخصومة في الانكار ظاهر واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك مع ان حمله على الانكار اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل قال وان صالح عن دار اذا صالح عن دار عن انكار او سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه ياخذها اي المدعي يستبقي الدار على ملكه لانه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرء مؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دار لان المدعي ياخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كانه يقول اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر واذا صالح عن سكوت او انكار فاستحق المدعى المنازع رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب المال ثم ادى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونوقض بما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه بادفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة اجيب بان المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع واما المدعي فهو مخير في دعواه فكان الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصته المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه اي في اصل الدعوى اما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده واما رد الحصة فلخلو العوض في هذا القدر عن غرض المدعى عليه ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه انما نزل عن الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع وان استحق بعضه رجع بحصته اعتبارا للبعض بالكل وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى هذا اذا لم يجر لفظ البيع في الصلح اما اذا اجري كما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا بهذه الدار ثم استحق فان المدعي يرجع على المدعى عليه بالمدعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم الى المدعي فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي في فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعي وان كان عن انكار رجع الى الدعوى قال وان ادعى حقا في دار وهذه المسألة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وعلى دعواه في الباقي ونعمل بينة لانه استوفى بعض حقه وهو على دعواه في الباقي وابرأ عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء

وذكر

وذكر شيخ الاسلام انه لا يسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه ان الابراء الاقي عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يصح ولم تسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم من دار اخرى صح لكونه بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معلوم من غيرها لكونه اجارة حتى شرط كون المدة معلومة ولو اراد المدعي ان يدعي البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بدله عينا او منفعة قال المصنف والوجه فيه اي الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد امرين ان يزيد درهما في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل ان يقول برئت من دعواي في هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم يقبل وفي ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة انه لو قال ابرأتك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار كان باطلا وله ان يخاصمه فيها بعد ذلك والفرق فيهما ان قوله ابرأتك ان يكون ابراء الضمان لا عن الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل عن بعض الشارحين عن الواقعات في تعليل هذه المسألة لان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة عن نفسه مطلقا فيكون هو بريا ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظ

فصل لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قال والصلح جائز عن دعوى الاموال الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر واذا كان عن المنافع بمال كما اذا اوصى بسكنى داره ثم مات وادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة على شيء كان في معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح واذا صالح عن جناية العمد والخطا صح اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء ووجه الاستدلال على احد معنييه وهو قول العباس والحسن والضحاك فمن اعطي في سهولة من اخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع اي فلولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف اي على مجاملة وحسن معاملة واداء اي وعلى المصالح اداء ذلك الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظاهر الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد واما المعنى الاخر وهو مروي عن عمر رضي الله عنهم فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم بغير زيادة اليه واداء اليه باحسان اي وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا قاله ابن عباس انها نزلت في الصلح قوله وهو بمنزلة النكاح اشارة الى اقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه في معنى النكاح من حيث ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي واذا كان في معناه فما صلح ان يكون مسمى في النكاح صلح هنا فلو صالحه على سكنى دار او خدمة عبده سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح وان صالح عن ذلك ابدا لم يجز لانه لم يصلح صداقا لجهالته فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو الاتي ان الصلح عن القتل العمد على اقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صداقا وانه اذا صالح على ان يعفو امرأة عن القصاص له على امرأته جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صح المال عوضا عنه فيجوز ان يقع عوضا عن قصاص اخر وقوله الا انه عند فساد التسمية استثناء من قوله انما صح ما يسمى فيه صلح هنا بمعنى لكن اي لكن اذا افسد التسمية بجهالة فاحشة او بتسمية ما ليس متقوم فرق بينهما فان كان الاول كما اذا صالح على دابة او ثوب غير معين يصير الى الدية لان الولي ما رضي بسقوط حقه مجانا بل ببدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا يتحمله العاقلة لوجوبه بعقده وان كان الثاني كما لو صالح على خمر فانه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سيان ولو سكت بقي العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين اي في فصل تسمية المال المجهول والخمر لانه الموجب الاصلي في النكاح ويجب مع السكوت عنه حكما قال الله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وموضعه اصول الفقه وتحقيقه ان المهر من ضرورات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا صار كانه لم يسم مهرا ولو لم يسم مهرا اوجب مهر المثل فكذا ههنا واما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال فانه لو عفي بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصح ان وجوبه ليس من ضروراته ويدخل في اطلاق جواب الكتاب وهو قوله ويصح عن جناية العمد الجناية في النفس وما دونها وهذا الصلح عن جناية العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق ان يتملك وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك فاخذ البدل اخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام اما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان اخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا واذا لم يصح الصلح بطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت وكان في قوله حق الشفعة على مال احترازا عن الصلح على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه يصح

وابن عباس م

م

فيدم

مع المشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا تبطل شفعته لانه
لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة يعني اذا كفل عن نفس رجل في المكفول
له وصالح الكفيل على شيء من المال على ان لا ياخذه المكفول له وتخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال على ان في
بطلان الكفالة روايتين وفي رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية ابي حفص وبه يفتى لان النفوس
لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية ابي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس قد تكون وسيلة
الى المال فاخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضي ان يعتاضه بعوض لم يسقط مجانا واما الثاني وهو جناية الخطا فلان موجبها
المال فيصير بمنزلة البيع ثم الصلح فيه اما ان يكون على احد مقادير الدية اولا والاول اما ان يكون منفردا او منضما الى الصلح
عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا تقبل الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فرد
الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي كانت الزيادة ابطالا له
بل القصاص ليس بمال فكان الواجب ان لا يقابله مال ولكنه اشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز بأي مقدار تراضيا
عليه كالتسمية في النكاح وان كان منضما الى العمد كما اذا قتل عمدا او خطأ ثم صالح اولياءهما على اكثر من ديتين فانه
جائز ولصاحب الخطا الدية وما بقي فلصاحب العمد كمن عليه لرجل مائة دينار ولآخر الف درهم فصالحهما على ثلاثة الاف درهم
فلصاحب الالف الالف والباقي لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صالح على مكيل او موزون جازت الزيادة على قدر الدية
لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين الدية بدين بدل الصلح ولو قضى القاضي باحد
مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من مائة بعينه جاز لان الحق قد تعين بالقضاء في
الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطي عوضا عن الواجب فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة
عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي باحد المقادير بزيادة على مقدار
الدية لم يجز فكذا هذا قال ولا يجوز عن دعوى حد الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا اخذ رجلا
زانيا او فاسقا او شارب خمر واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل وله ان يرجع عليه
بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال او تحليل الحرام واذا
ادعت امرأة على رجل صبيا هو بيدها انه ابنه منها جحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها وبانت منه
وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه واذا
شرع رجل الى الطريق العامة فصالحه واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك وقيد
بقوله الى الطريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذ فصالحه رجل من اهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوك
لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضى الباقين وقيد بقوله واحد على
الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم ليترك الظلة جاز اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت
المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح وحد القذف داخل في جواب
الحدود لان المغلب فيه حق الشرع ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث بخلاف القصاص قال واذا ادعى رجل على
امرأة نكاحا هذا ابتناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه شبها واذا جحدت النكاح فصالحته على
مال بذلته امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها
فان اقام على التزويج بينة بعد الصلح لم يقبل لان ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في
دعواه لم يحل له ما اخذ بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع انواع الصلح الا ان يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا على
طريق الهبة وفي عكس هذه المسألة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك
فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الاول ان يجعل كان الزوج اعطاها بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني
انه بذل لها ليترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا امكنت ابن زوجها وان لم
يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن
ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة واذا ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فاقرب العقود
اليه شبها العتق على مال فيجعل بمنزلته لامكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه وعلى هذا يصح على حيوان الى اجل في
الذمة ولا يصح ذلك الا في مقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان ويجعل في حق المدعى عليه لدفع الخصومة
لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا يثبت الولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فيقبل ويثبت الولاء لانه صالحه بعد كونه عبدا
له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم يجز سواء كان عليه
دين اولا وان قتل عبد له اي للعبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عنه جاز سواء كان عليه دين اولا والفرق ان رقبته ليست
من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا وان جاز اجازه فلا يجوز ان يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبي اما العبد كالاجنبي
في

في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا ههنا اما عبده فمن تجارته وكسبه
وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وتحقيق هذا ان المستحق كالزائل عن ملكه فصار كانه مملوك للولي ولهذا كان
له ان يتلفه وهذا الى الصلح كانه شراه وهو يملكه ذلك بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراه فكذا
لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا وصالح عن نفسه جاز واجيب بان المكاتب حر يدا واكسابه
له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله
بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفا عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق فكان صلحه
عن نفسه صحيحا لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كانه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك
جاز الصلح ولم يكن له ان يقتل ولا ان يبيعه بشيء ما لم يعتق فكذا هذا قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون
[illegible] من اهل الكتاب بنسب اليهم الثوب [illegible] ثوب يهودي وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم القيمة فاستهلكه فصالحه من
القيمة على اكثر منها من النقود جاز عند ابي حنيفة وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه
المحتاج الى الصلح غالبا وقيد بالقيمي احترازا عن المثلي فان الصلح عن كر حنطة على دراهم او دنانير جائز بالاجماع سواء
كانتا اكثر من قيمته او لا لكن القبض شرط وان كانتا باعيانهما لئلا يلزم الكالي بالكالي وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفا
حش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائما جاز الصلح على اكثر من قيمته بالاجماع
وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا ان الدرا
هم تقع في مقابلة غير المغصوب حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب
فلان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن فيه الناس كان ربوا بخلاف ما اذا
صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا
تظهر فيه الزيادة ولابي حنيفة طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان
عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى لو كان الكفن عليه ولو كان ابقا فعاد من اباقه كان مملوكا له واذا كان
كذلك فالمال الذي يكون عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب او العبد ولا ربوا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد باقيا
والثاني ان الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده هو الاصل في الغصب وانما يجب
القيمة عند تعذر رد العين ليقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضرورة فلا يصار اليه الا عند العجز فاذا صالح على شيء كان
البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربوا ولكن كلام المصنف تابع لانه وضع المسألة في القيمي وذكر في
الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثل عن ايدي الناس
ويمكن ان يجاب عنه بانه جعل ذلك اشارة الى ان المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا
تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ونوقض بما اذا صالحه على
طعام موصوف في الذمة الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة
القيمة مبيع وبما لو صالح من الدية على اكثر من عشرة الاف درهم لم يجز واجيب بان المغصوب المستهلك لا يوقف على اثره فكان
كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صالح على ذلك حالا جاز وبان البدل جعل في مقابلة الدية لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن
المعقول وعورض دليل ابي حنيفة بانه لو باع غير المغصوب بعد الهلاك والاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم
حكما لجاز واجيب بان البيع يقتضي مالا حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيمكن
تصحيحه اسقاطا وصحته لا تقتضي قيام مال متقوم حقيقة قوله واذا كان العبد بين رجلين الى اخره ظاهر والمراد بالنص ما هو العتاق
من قوله صلى الله عليه وسلم ومن اعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا او يسعى العبد

باب التبرع والتوكيل به

لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد
بالتبرع بالصلح لان الاتيان بالعمل لغيره متبرع قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل
ما صالح عنه اي عن من وكل في رواية المصنف وروي غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل اي
على الموكل كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي عليها وهذا كما ترى يدل بظاهره على ان الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا
ضمنه فانه يجب تحمله من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف وتأويل هذه المسألة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض
ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا او معبرا فلا ضمان عليه الا ان يضمنه لانه ح مواخذ بعقد الضمان لا
بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل صاحبه
وذكر في شرح الطحاوي والتحفة على الاطلاق شرح المختصر وقال في النهاية معناه انه لا بد لتأويل المسألة من قيد اخر وهو ان لا يكون
المصالح في المعاوضات على الانكار فان كان لا يجب على الوكيل شيء وان كان فيها لان الصلح معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة
الطلاق بجعل ذلك جائز امع الاجنبي جوازه مع الخصم قال وان صالح عنه رجل بغير امره وان صالح عنه رجل بغير امره فهو

على اربعة اوجه ووجه ذلك ان الفضولي في عقد الصلح على مال اما ان قرن بذكر المال ضمانه نفسه اولا فالاول هو الوجه الاول
والثاني اما ان اضاف المال الى نفسه اولا فالاول هو الوجه الثاني والثاني اما ان يسلم المال المذكور اولا فالاول هو الوجه
الثالث والثاني هو الرابع ولكن يرد وجه خامس وهو ان يكون المال المذكور غير ما باعتبار الاضافة اما معرف او منكر او كل
منهما اما ان قرنه التسليم اولم يقرنه وقد ذكر وجها حكم المنكر وقد بقي وجها حكم المعرف ولكن عرف حكم وجه المعرف المسلم
بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه اخر اما وجه الاول فانه اذا
صالح وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سوا
لان الاسقاط يتلاشى ومثله لا يستفاد بعد فصلح ان يكون اصلا في هذا الضمان اذ اضافه الى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب
المراة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعى عليه لا يرجع عليه بشيء كما اذا تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا
يكون لهذا المصالح شيء من المدعي اي لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان المدعى عليه مقرا وانما يكون ذلك للذي في يده
بعني في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة واذا سقط لم يبق شيء فاي شيء يثبت له بعد ذلك ولا فرق في هذا اي
ان المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعمه ان لا شيء عليه وزعم المدعي لا
يتعدى اليه واما اذا كان مقرا فلان الصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشتريا ما في ذمته وهو لا ... ان شرا الدين من غير من عليه
وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقر فان المصالح يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير امره لان شرا الشيء
من مالكه صحيح وان كان في يد غيره ووجه الوجوه الباقية مذكور في المتن وهو ظاهر ان قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال
بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على الف بعقد على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلان على الف درهم من دعواك على فلان فانه
فيه يتوقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه اخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وما في كلامه
ظ لا يحتاج الى شرح

باب الصلح في الدين

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوي ذكر في هذا الباب حكم
الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص ابدا يكون بعد العموم قال وكل شيء وقع عليه الصلح بدل الصلح اذا كان من جنس ما
يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد المداينة لم يحمل الصلح على المعاوضة بل استيفاء الحق واسقاط الباقي وقيد بعقد المداينة وان
كان حكم الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح كمن له على اخر الف درهم جياد حالة من ثمن متاع باعه فصالحه على خمس ماية وكمن له
على اخر الف درهم كذلك فصالحه على خمس ماية زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة
لافضايه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح عنها على الف موجل صح ويحمل على
التاخير الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسية وهو ربوا فان لم يكن حمله على اسقاط الباقي كما اذا
صالح عنها على دنانير موجلة لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التاخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف في الدين
في مسايل الصلح لا يخرج عن احد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسية فلا يجوز وكذا اذا قال له الف موجلة
فصالحه على خمس ماية حالة فانه لا يمكن حمله على الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاء واستيفاء البعض حقه
وهو خير من النسية لا محالة فيكون خمس ماية في مقابلة خمس ماية مثله من الدين وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل
وهو حرام روي ان رجلا سال ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم ساله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربوا وهذا لان حرمة
ربوا النسا ليست الا لشبهة مبادلة المال بالاجل فلحقيقته ذلك اولى بذلك ولو كان له الف سود فصالحه على خمس ماية بيض
لم يجز ولو كانت بالعكس جاز والاصل ان المستوفى اذا كان ادون من حقه فهو استيفاء كما في العكس وان كان ازيد قدرا او وصفا
فهو معاوضة لان الزيادة غير مستحقة له فلا يمكن جعله استيفا فيكون معاوضة الالف بخمس ماية وزيادة وصف وهو ربوا فان قيل
اذا كان الف درهم نبهرجة فصالحه على الف نقد بيت المال فهو اجود من النبهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة اجاب بقوله
بخلاف اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل ولا عبرة بالصفة الا انه يعتبر القبض في المجلس وحاصله ان الجودة
ط اذا وقعت في مقابلة مال كان ربوا كالمسلة الاولى فانها قوبلت بخمس ماية من السود وهو ربوا واما اذا لم تقع فذلك صرف والجيد
والردي فيه سوا ابدا ولو كان عليه الف درهم وماية دينار فصالحه على ماية درهم حالة او موجلة صح لانه امكن جعله اسقاطا
للدنانير كلها والدراهم الا ماية ان كانت حالة واسقاطا كذلك وتاجيلا للباقي ان كانت موجلة تصحيحا للعقد اولان معنى الاسقاط
فيه الزم لان مبنى الصلح على الحطيطة والحط ههنا الزم فيكون الاسقاط الزم من معنى المعاوضة قال ومن له على اخر الف درهم
حالة فقال له اد الي غدا منها خمس ماية على انك بري من الفضل ففعل فهو بري قيل معناه فعل فهو بري في الحال ويجوز ان يكون
معناه فادى اليه ذلك غدا فهو بري من الباقي فان لم يدفع اليه غدا خمس ماية عاد الالف كما كان في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعود عليه لانه مطلق اذ ليس فيه ما يعيد الاصل خمس ماية عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة ابواحمد
وهي على والادا لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبله والادا مستحق عليه لم يستفد به شي
لم يكن في وجوده اي وجود شي جعل الادا عوضا مجرى عدمه فبقي الابرا مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدا بالابرا بان قال ابراتك
عن خمس ماية من الالف على ان تودي غدا خمس ماية ولهما ان هذا ابرا مقيد بالشرط والمقيد بالشرط يفوت بفواته اي عند
فواته

هو انه فان انتفى الشرط ليس علة لانتفا المشروط عندنا لكنه عند انتفايه فانت تبقا به على العدم الاصلي وموضعه اصول
الفقه وانا قلنا انه متقيد بالشرط لانه بدا بادا خمس ماية في الغد وانه يصير غرضا حذر افلاسه او توسل الى تجارة اربح فصلح ان
يكون شرطا من حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكنه تحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه فان فيه مقابلة
الشرط بالجزا كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكانه منع قول بوجه
العلة اي سلمنا انه لا يصح ان يكون متقيدا بالعوض لكن لا ينافي ان يكون متقيدا بوجه اخر وهو الشرط قوله اولانه متعارف
معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط
في الصلح متعارف بان يكون تعجيل البعض متقيدا لابرا الباقي والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد غدا فلا صلح
بيننا قوله والابرا يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به جواب عما يقال تعليق الابرا بالشرط مثل ان يقول لغريمه او كفيل
اذا اديت او متى اديت او ان اديت الي خمس ماية فانت بري عن الباقي باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به
فكيف كان جايزا ووجهه انهما متغايران لفظا ومعنى اما لفظا فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق
به يستعمل به ذلك واما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية ان تزول ان لم يوجد الشرط وفي التعليق
به غير ثابت في الحال بعرضية ان يثبت عند وجود الشرط والفقه في ذلك ان في الابرا معنى الاسقاط والتمليك اما الاول فلانه
لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو على القصاص واما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في ساير التمليكات
وتعليق الاسقاط المحض جايز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار
الحرام والابرا له شبه بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبهة التمليك وذلك اذا كان بحرف
الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك اذا لم يكن ثمة حرف الشرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بالشرط والمقيد
به يفوت عند فواته كما مر قوله كما في الحوالة متعلق بقوله يفوت بفواته يعني انه لما كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته كما في الحوالة
فان براة المحيل تتقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله وسنخرج البداية بالابرا او عدمه تخريجا
عما قال ابو يوسف كما اذا بدا بالابرا واذا تاملت ما ذكرته لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه
رب الدين ه على خمسة ان تعليق الدين بالابرا وادا البعض لا يخلو اما ان بدا بالادا او لا فان بدا به فلا يخلو اما ان يذكر معه نفا الباقي على المديون
صريحا عند عدم الوفا بالشرط اولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثاني واما ان بدا بالادا فلا يخلو اما ان بدا
بالابرا اقامة به فهو الوجه الثالث وان لم يبدا فلا يخلو اما ان بدا بحرف الشرط اولا فان لم يبدا فهو الوجه الرابع وان بدا
فهو الخامس اما الوجه الاول فقد ذكرناه واما الثاني فظاهر مما تقدم والثالث وهو الموعود بالتخريج الجواب مبني على ان
الثابت اولا لا يزول بالشك فاذا قدم الابرا حصل مطلقا ثم يذكر ما بعده وقع الشك لانه ان كان عوضا فهو باطل كما تقدم فلم
يزل به الاطلاق وان كان شرطا يتقيد به وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت اولا وفي عكسه عكس ذلك والرابع
وجهه انه اذا لم يوقت للادا وقتا لم يظهر ان اداء البعض لم يكن بغرض لكونه واجبا في مطلق الازمان فلا يصلح ان يكون في
معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق الا جهة العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم ان الابرا
لا يحتمله فلا يكون صحيحا ومن قال لاخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره علي او تحط عني بعضه ففعل اي اخر او حط جاز عليه اي نفذ هذا
التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في الحال اما اذا اخر فظاهر واما اذا حط فلانه ليس بمكره من اقامة البينة او التحليف لانه ليس
هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يزل ان تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع عينا بطعام ياكله لجوع قد اضطر به كان بيعه
نافذا ومعنى المسلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يوخذ المقر بجميع المال في الحال

فصل في الدين المشترك

اخره لما كان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد قال واذا كان الدين بين الشريكين اذا كان الدين بين
الشريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شا اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شا اخذ نصف الثوب
من الشريك الا ان يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم وشريكه القابض واصل هذا ان الدين
المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما منه شيا فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض وهو الدراهم او الدنانير او غيرهما لان الدين
ازداد وخيرا بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمر
والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير اذن الاخر اجاب بقوله
لكن المقبوض قبل ان يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه
بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه فيه وينفذ ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بانه الذي يكون واجبا بسبب متحد
كثمن مبيع صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد بين شريكين
باع احدهما نصيبه من رجل بخمس ماية وباع الاخر نصيبه منه بخمس ماية وكتبا عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض احدهما منه
شيا لم يكن للاخر ان يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب اخر فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد الصك
قال صاحب النهاية ثم ينبغي ان لا يكتفي بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ينبغي ان يزاد على هذا او يقال اذا كان صفقة

واحدة بشرط ان يتناديا في قدر الثمن وصفته لانها باع صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان
خمسمائة ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل
ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما وكذلك لو اشترط احدهما ان يكون نصيبه خمسمائة ونصيب الآخر
خمسمائة ولم يكن للآخر ان يشاركه فيما قبضه لان التسمية تفرقت وتميز نصيب احدهما عن الآخر وصفا ولعل المصنف انما ترك
ذكره لانه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته وما فرع من بيان الاصل قال اذا عرفنا هذا فنزل عليه مسألة الكتاب
هذا اذا كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا من الاصل ثم يرجعان
بالباقي على الغريم لانهما لما اشتركا في المقبوض لابد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة قال ـــ ولو اشترى احدهما
بنصيبه ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين وليس الشريك مخيرا بين دفع ربع
الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة بثمن ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم
كملا اي من غير حطيطة واغماض لان مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان مبناه
على ذلك فلو الزمناه في الصلح بتضمين ربع الدين العنه بضرر فيجبر القابض كما ذكرنا من قوله الا ان يضمن له شريكه
وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب انه ملكه بعقده كان ببعض دين مشترك
وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض اجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الثوب الدين يعني ان الاستيفاء
لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والا صار
الباقي في ذمة الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لا بالبيع في ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا يتعين في العقود
وان الصحة المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها واما الصلح
فليس يلزم به شيء في ذمة المصالح حتى يقع المقاصة به فتعين ان يكون ما اخذه من الدين المشترك وكان للشريك سبيل من
المشاركة فيه وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على ثوب والاستيفاء لنصيبه من النقود وشراء
السلعة بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم باق لان الغريم استوفى نصيبه حقيقة لكن له المشاركة فله ان لا يشاركه لئلا يتقلب
ماله عليه بانه خلف باطل فلو سلم الشريك للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض في الفصول الثلثة
لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما اذا مات المحال عليه مفلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك
واذا كان على احد الشريكين دين الغريم قبل الدين المشترك فقد بدله لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض
بناء على ان الديون تقضى بامثالها فقضا عن اولهما اذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضا لا يسبقه ولو ابراه عن نصيبه
فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرا عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما على المديون
عشرة دراهم فابرا احد الشريكين عن نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة ولو اخر احدهما عن نصيبه
صح عند ابي يوسف خلافا لهما قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكره في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد
مع قول ابي يوسف وذلك يجوز ان يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع ابي حنيفة ابو يوسف اعتبر التاخير لكونه
ابراء موقتا بالابراء المطلق وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الآخر باتصاف احدهما
بالحلول والآخر بالتاجيل وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولقائل
ان يقول تاخير البعض هل يميز احد النصيبين عن الآخر او لا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم
يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين لاستلزام التاخير الامتياز فان قيل فقد جوز ابرا احدهما عن نصيبه وذكر الابرا
يوجب التمييز بكونه مطلوبا وبعضه لا فما يستحيل به ذلك اجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابرا
موجود فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة امرا وجوديا لزم ما ذكرتم وانما هي رفع الاشتراك او الاتحاد وما سبب قسمة ذلك
وذلك عدمي فلا نسلم انها تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابرا بموجود فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة امرا
وجوديا لزم ما ذكرتم وانما هي رفع الاشتراك او الاتحاد ما قسمة وذلك عدمي فلا نسلم انها تقتضي وجود النصيبين سببه
لانا نقول القسمة افراز احد النصيبين لتكميل المنفعة بالانفراد فيه الآخر وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع
الشركة من لوازمه والاعتبار بالموضوعات الاصلية ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شرا فاسدا فهلك في يده
فهو قبض لان ضمانه المالك فصار مقاصا بقدره في الدين وهو آخر الدينين فيصير قضا للاول وكذا اذا استاجر من الغريم
بنصيبه دارا وسكنها فلشريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا بنصيبه وقد قبض ما به حكم المال من كل وجه لان
ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها وكذا الاحراق خلافا لابي يوسف وصورته ما
اذا رمى النار على ثوب المديون فاحرقه وهو يساوي نصيب المحرق واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك ان يتبع ان
يبيع المحرق بالاجماع لمحمد رحمه الله ان الاحراق اتلاف مال مضمون فكان كالغصب والمديون صار قابضا لنصيبه بطريق المقاصة
فيجعل المحرق مقتضيا ولابي يوسف انه متلف لنصيبه لا صانع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى

على

على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء كما لو جنى عليه بالاحراق واذا تزوج بنصيبه
من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لا يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه يملك به البضع وانه ليس
بمال متقوم ولا مضمون على احد فكان كالجناية وروى بشر عن ابي يوسف انه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب
لفظا فهو على معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء للاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على
نصيبه بجناية العمد اتلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل اتلف نفسه قيل وانما قيد بقوله عمدا لانه في الخطا
يرجع عليه والحق في الايضاح فقال ولو كان موضحة فصالحه على حصته لم يلزم لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح
وارى انه قيد بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء قال ـــ واذا كان السلم بين الشريكين اذا اسلم
رجلان في كر حنطة فصالح احدهما المسلم اليه على ان يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله الا باجازة الآخر فان اجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا
بينهما وان لم يجز فالصلح باطل وقال ابو يوسف رحمه الله جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الطالبين اذا صالح المديون
عن نصفه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصفه كذلك ههنا وبما اذا
اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه جاز مع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجهان
احدهما انه لو جاز فاما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض
لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر
لتناوله بعض نصيبه قوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس ابي يوسف المتنازع على شرا العبد وتقريره بخلاف شرا العين
جواب عن قياس ابي يوسف المتنازع على شرا العبد وتقريره بخلاف شرا العين فما اذا اختار فيه الشق الاول من الترديد
لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين قبل القبض واستظهر المصنف بقوله وهذا لان المسلم فيه يعني ان المسلم
فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه والثاني انه لو جاز الصلح
لشاركه في المقبوض من رأس المال لان الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر
الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وكان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى
موجود في الدين المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود
الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل الدين واخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما
دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب قالوا اي
المتاخرون من مشايخنا هذا الاختلاف بين علمائنا فيما اذا خلطا رأس المال وعقدا عقد السلم واما اذا لم يخلطا فقال بعضهم
هو على هذا الاختلاف ايضا وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد قائم بهما فلم ينفرد احدهما برفعه ولا فرق في
ذلك بين ان يكون رأس المال مخلوطا او غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهؤلاء نظروا الى الوجه الثاني وهو
قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك باعتبار شركتهما في المقبوض ولا شركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال
ومنشأ اختلاف المتاخرين في ان اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال او على الاطلاق ان محمدا ذكر الاختلاف
في البيوع مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط ان الآخر لا يشاركه فيما قبض المصالح في قول ابي
يوسف ولم يذكر قول ابي حنيفة ومحمد فظن بعضهم ان ترك الذكر لاجل الاتفاق قيل وليس بسديد لان الموجب للشركة في
المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطا ولم يخلطا

فصل في التخارج

التخارج من الخروج وهو ان تصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه التاخير قلة وقوعه
فانه قلما يرضى احد بان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به وله شروط تذكر
في اثناء الكلام وتصوير المسألة ذكرناه في مختصر العقود الرسالة قال ـــ واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم اذا كانت التركة
التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه حال كون التركة عقارا او عروضا جاز قل ما اعطوه او كثر وقيد بذلك
لانها لو كانت من النقود وكان هناك شرط سنذكره وهذا لانه امكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير ولم يجعل
جعله ابراء لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح فان قيل لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالته تفسد البيع
اجيب بان الجهالة المفضية الى النزاع تفسد البيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج الى التسليم فلا
يفضي الى المنازعة فصار كمن اقر انه غصب من فلان شيئا واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلم مقداره وفي جواز التخارج
مع جهالة المصالح عنه اثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي
الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين الف دينار على ان اخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلف الصحابة
رضي الله عنهم في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءا
فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا اخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين الفا ولم يذكر ذلك في الكتاب ودكره

كتب الحديث ثلاثة وثمانين الف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر
التساوي بل يعتبر القبض بالمجلس لكونه صرفا غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها في التركة بيده ينوب ذلك
القبض اي القبض السابق لانه قبض ضمان مسموت عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متي تجانس القبضان بان يكون قبض امانة
او قبض ضمان ناب احدهما مناب الاخر اما اذا اختلفا فالمضمون ينوب غيره دون العكس فاما اذا كان الذي في يده بعينه يقر
فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الي مكان يتمكن من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا
وفضة وغير ذلك فصالحوه علي احد النقدين فلا يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة
بحقه من بقية التركة كان مساويا له او اقل او لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربوا اما اذا كان مساويا فلزيادة
العروض ونقص الدراهم واذا كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء لان لا معر
ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح علي مثل نصيبه او
اقل من الدراهم حالة التصادق اما اذا كان ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة الزوجية فصالحوها علي اقل من نصيبها
من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليه لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس في ذلك ربوا ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا
قل او كثر وجد التقابض في المجلس او لا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيف ما كان لتجنيس الي خلافه صرفاما
كما في البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفا قال واذا كان في التركة دين علي الناس واذا كان في التركة دين علي
الناس فادخلوه في الصلح علي ان يخرجوا المصالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا اما في الدين فلان
فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح واما في العين فلان في الصفقة والحيلة في الجواز علي ان يشترطوا علي
ان يبرا الغرماء منه ولا ترجع الورثة بحصته عليهم بسبب المصالح فانه اسقاط او تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز واخري ان يعجلوا
قضاء نصيبه من الدين متبرعين وفي الوجه ضرر ببقية الورثة اما في الوجه الاول فلان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع علي الغرماء
وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة والاوجه ان يقرضوا مقدار نصيبه
ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة علي استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة فالصلح علي
المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني بان كان في التركة مكيل او موزون
ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس
وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون
لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا علي مكيل او موزون او غير ذلك قيل لا يجوز لكونه بيعا او لا يصح ان يكون ابرا لان المصالح
عنه عين والابراء عن العين لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة ممنوعة وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست مفضية الي النزاع
لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة فلما تم احتياج الي التسليم حتي يفضي الي النزاع حتي لو كان بعض التركة في يد المصالح
ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الي ذلك وان كان علي الميت دين فاما ان يكون مستغرقا او غيره ففي الاول لا يجوز الصلح
ولا القسمة لان الوارث لم يتملك التركة والثاني لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا
يجوز واما القسمة فقد قال الكرخي انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا وجه الاستحسان ان الدين يمنع تملك الوارث اذا كان
محيطا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه وجه القياس ان التركة لا تخلو عن قليل الدين فيقسم نفيا للضرورة
عن الورثة فقد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا يحتاج الي الاعادة والمضاربة

كتاب المضاربة

مشتقة من الضرب في الارض وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طالبا للربح قال الله تعالي واخرون يضربون
في الارض يبتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الي من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما علي ما شرطا ومشروعيتها
للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليدين اي خال اليد عن المال فكان في
شرعيتها انتظام الغبي والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الي ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء
المقدور بتعاطيها وركنها استعمال الالفاظ تدل علي ذلك مثل دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاوضة او معاملة او
خذ هذا المال او اعمل به علي ان ما رزق فكذا انشر وطها نوعان صحيح وهي ما تبطل العقد بفواته وفاسدة في نفسها
ويبقي العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح قوله وبعث النبي صلعم بيان ان ثبوتها
بالسنة والاجماع فانه صلعم بعث والناس يباشرونه فقررهم علي ما روي ان العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط علي
المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلعم
فاستحسنه وتقرير النبي صلعم احد معاني السنة علي ما علم وتعاملت به الصحابة من غير نكير فكان اجماعا قال
ثم المدفوع الي المضارب امانة في يده المدفوع الي المضارب اي المال امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا علي وجه البدل كالمقبوض
علي سوم الشراء ولا وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو امانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه فاذا ربح
فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله وهو سابع فيشركه فاذا فسد تظهر الاجارة لان المضارب عمل كرب المال في حاله فيستحق ما شرط
من

من الربح لا اجرة علي عمله فلتغير اتظهر معني الاجارة اذا فسدت وتجب اجرة المثل وذلك لان يكون في الاجارات واذا خالف
كان غاصبا لوجود التعدي منه علي مال غيره قال المضاربة عقد علي الشركة هذا تفسير المضاربة علي الاصطلاح
وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد علي الشركة ولم يعلم ان الشركة في اي شيء فسره المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح اي لا
في راس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها اي بدون
الشركة اشارة الي انتفاء العقد بانتفائها لان المضاربة عقد علي الشركة ولا مضاربة بدون الشركة الا تري ان الربح لو
شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا تجوز المضاربة الا بالمال الذي يصح به الشركة وهو
ان يكون راس المال دراهم او دنانير عند ابي حنيفة و ابي يوسف او فلوسا رائجة عند محمد وما سواها لا يجوز وقد
تقدم في كتاب الشركة ولو دفع اليه عروضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه
توكيل واجارة يعني انه مشتمل علي التوكيل والاجارة بالراء المهملة والاجازة بالزاي المعجمة وكل منهما يقبل الاضافة الي زمان
في المستقبل فيجب ان يكون عقد المضاربة كذلك ليلائم الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب
اقبض مالي علي فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فانه
لا تجوز المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان هذا التوكيل لا يصح علي ما مر في البيوع ٤
اي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له علي اخر الف درهم فامره ان يشتري بها هذا العبد
الخ واذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله واذا كان المشتري للمشتري كان راس مال المضاربة من مال
المضارب وهو لا يصح واما عند المضاربين فلان التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري للامر فيصير مضاربة كما
ذكرنا قال ولا يجوز ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا ومن شرط المضاربة ان يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه
ان لا يستحق احدهما دراهم من الربح مسماة لان شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة بجوازها والمنافي لشرط جواز الشيء مناف
له واذا شرط احد المتنافيين انتفي الاخر ثم فسر ذلك بقوله فان شرط زيادة عشرة دراهم فله اجرة مثله لفساده لانه ربما
لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة وهذا اي وجوب اجر المثل لانه عمل لرب المال بالعقد وانتفي به عن منافعه عوضا
ولم ينله لفساد العقد ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لكونه لرب المال لانه نماء ملكه فتعين اجر المثل
وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف قيل المراد بالقدر
المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك تغيير المشروع فكان وجوده كعدمه وقال محمد تجب بالغا ما بلغ كما بينا في الشركة
ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لانه اجير واجرة الاجير تجب بتسليم المنافع كما في اجير الواحد فانه في تسليم نفسه
تسليم منافعه او بتسليم العمل كما في الاجير المشترك وقد وجد ذلك وعن ابي يوسف لا يجب شيء اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة
الصحيحة فانه فيها اذا لم يربح لا يستحق شيئا مع انها فوق الفاسدة ففي الفاسدة اولي فان قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن
هذا التعليل فانه قوي فان العقد الفاسد يوخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد اجيب بان الفاسد انما
يعتبر بالجائز اذا كان الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد
اجارة فيعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله اجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة
الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين احدهما الاعتبار بالجائزة والثاني ان راس المال عين استوجر المضارب ليعمل به هو لا غيره
فلا يضمن كاجير الوحد وهذا التعليل يشير الي ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يوجر نفسه في ذلك
الوقت لاحد لان للعين الواحد لا يتصور ان يكون مستاجر المستاجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن اجير الوحد ان يوجر نفسه لمستاجرين
في الوقت الواحد وهو قول ابي جعفر الهندواني وقيل المذكور ههنا قول ابي حنيفة وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يكون
التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء علي ان المضارب بمنزلة الاجير المشترك لانه ياخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير
المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند ابي حنيفة خلافا لهما قال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي فالاصح
انه لا ضمان علي قول الكل لانه اخذ الكل بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحت او فسدت امانة لانه لما قصد ان يكون المال عنده
مضاربة فقد قصد ان يكون امينا وله ولاية جعله امينا ولما كان الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه ويبقي المضاربة
صحيحة اراد ان يشير الي ذلك بامر جلي فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح كما اذا قال لك نصف الربح او ثلثه او شرط ان يدفع المضارب داره الي رب المال ليسكنها او ارضه سنة او ليزرعها فانه يفسد العقد لاختلاف مقصوده وهو
الربح في الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل واجرة المال والارض فكانت حصة العمل مجهولة وغير ذلك
من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعة علي رب المال اسم لجزء هالك من المال ولا يجوز ان يلزم ان يكون غير
المال ولما لم توجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة قيل شرط العمل علي رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل تفسد
المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها اي المضاربة وهذا
واذا اشترط العمل علي رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب النفي عن المعدوم صحيح جوز ان يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله

بعد هذا الحطوط وشرط العمل علي رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه قال ـــ ولا بد ان يكون المال مسلما الي المضارب
لابد ان يكون المال مسلما الي المضارب ولا يد لرب المال فيه بتصرف او عمل لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة
وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقا يده عليه
يمنع التخلص واما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفت الشركة وشرط العمل علي رب المال مفسد لانه
يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فلا يتحقق المقصود وسوا كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير اذا دفع وليه او
وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد المالك ثابتة له وبقا يده يمنع التسليم الي المضارب وكذا احد المتفا
وضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسد لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا واذا شرط العاقد
الغير المالك عمله مع المضارب فاما ان يكون من اهل المضاربة في ذلك المال فان كان الاول كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير
مضاربة وشرط العمل مع المضارب جازت لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالاجنبي فكان اشتراط العمل عليهما
بجزء من المال جائزا وان كان الثاني كالماذون يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فنزل منزلة المالك
فيما يرجع الي التصرف فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة قال ـــ واذا صحت المضاربة مطلقة المراد بالمطلق ما لا قيد بزمان
ولا مكان نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد علي ذلك فيجوز للمضارب ان يبيع بنقد او نسيئة ويشتري ما بدا
له من سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع
ما هو من صنيع التجار لكونه مفضيا الي المقصود فيوكل ويبضع ويودع لانها من صنعهم ويسافر لان المسافرة ايضا من صنعهم
ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر وعنه عن ابي حنيفة
انه ان دفع اليه في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض علي الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له ان يسافر الي
بلده لانه هو المراد في الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان دليل الرضى بالمسافرة
عند رجوعه الي وطنه وظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني انها من صنيع التجار ولا يجوز للمضارب ان يضارب الا
ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشي لا يتضمن مثله ولا يرد جواز دفع الماذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب
والاجارة للمستاجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال ما في نفسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة
تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فلذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن الباقي يجي
في مواضعها بخلاف الايداع والابضاع لانها دونه فيتضمنهما وبخلاف الاقراض فانه لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد
منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لانه
لا يجوز الزيادة علي القرض اما الدفع مضاربة والشركة والخلط بالنفس فمن صنعهم فيجوز ان يدخل تحت هذا القول يعني
قوله اعمل برايك فاذا كانت المضاربة من صنعهم والمقصود وهو الربح يحصل من صنعها تعقد وتحت جهة الجواز فينبغي ان يترجح
علي جهة العدم اجيب بان كلا من جهتي الجواز صالحة للعلية فلا يترجح علي غيرها بها كما عرف وان خص رب المال التصرف في بلد
بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل والتوكيل في شي معين يختص به وفي التخصيص في بلد بعينه فائدة
من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال
المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيرا لما هو المقصود وهو الربح وليس له ان يبضع من يخرج بها من تلك البلدة لانه اذا لم
يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الي غيره فان خرج به الي غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشترى له وربحه له لانه تصرف
فيه بخلاف امره فصار غاصبا وان لم يشتر ورده الي البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع
المال مضاربة علي حاله لبقائه في يده بالعقد السابق فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل علي انها زالت واذا زال العقد
لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه علي هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف لا يتحقق الا بالشرا والرض
خلافه وانما قال رجع بناء علي انه صار علي شرف الزوال واما علي رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج
واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الي الذي عينه واخرج البعض منه ولم يشتره
ثم رده الي الذي عينه كان المردود والمشترى في المصر علي المضاربة لما قلنا من البقاء في يده بالعقد السابق واما اذا اشترى
ببعضه فيه وببعض اخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر
والباقي علي المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفا حكم المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفقة متحدة
وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجنس معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد اشرنا
الي اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال المصنف والصحيح ان بالشرا يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الي المصر
الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج واما شرط الشرا يعني في رواية الجامع الصغير فللتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف
ما اذا قال علي ان يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا
صرح بالنهي فقال اعمل بالسوق ولا تعمل في غيره فانه صرح بالحجر والولاية اليه وتوقفنا بالوقال علي ان يبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد
فباع

فباع بالنقد صح ولم يعلم مخالفا وجوابه مبني علي اصل وهو ان القيد المفيد من كل وجه يعتبر وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه
دون وجه يعتبر عند النهي الصريح ويلغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص بالبلد وقد تقدم والثاني كصورة النقض فالبيع نقدا
بثمن كان ثمن النسيئة جدا ليس الا فكان التقييد مضرا واما الثالث فكالنهي علي السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات
اماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا اشترط علي المودع الحفظ في محله ليس له ان يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار ايضا باختلاف
الاماكن وغير مفيد من وجه وهو ان المصر مع تباين اطرافه جعل كمكان واحد كما اذا اشترط الايفاء في السلم بان يكون في المصر ولم يبين
المحلة فاعتبر باعتبار حالة التصريح بالنهي ولولاية الحجر ولم يعتبر عند السكوت عنه قال ومعني التخصيص ذكر الفاظ تدل علي التخصيص
وتقدير كلامه ومعني التخصيص يحصل بان يقول كذا او كذا اي بهذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها علي التخصيص
وما لا يدل وجملة ذلك ثمانية ستة منها تفيده اثنان منها يعتبر مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو ان
رب المال اذا اعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتدا به ويصح متعلقا به لئلا يلغو واذا اعقبه ما يصلح الابتدا به لم يحمل
متعلقا بما تقدم لانتفا الضرورة وعلي هذا اذا قال خذ هذا المال علي ان تعمل كذا او في مكان كذا او قال خذه تعمل به في الكوفة
مجزوما او مرفوعا وكلام المصنف يحتملهما او قال فاعمل به بالكوفة او قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكره المصنف لان قوله يعمل بالرفع
يعطي معناه فقد اعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتدا به حيث لا يصح ان يبتدا بقوله علي ان تعمل كذا او بقوله او بقوله يعمل في
الكوفة او بغيرها وهو واضح لكونه لكنه يصح جعله متعلقا بما تقدم فجعله قوله علي ان تعمل شرطا والمقيد منه معتبر وهذا التقييد
صيانة المال في المصر وقوله يعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لان الفا للوصل
والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق وتقتضي الالصاق موجب كلامه وهو
العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو يكون العمل فيها واذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة ونحوه واذا
اعقب ما يصح الابتدا به اما بغير الواو وهو اصح واما بالواو فلانه مما يجوز الابتدا به فاعتبر كلاما مبتدا فيجعل مشورة كانه قال ان
فعلت كذا كان انفع فان قيل فلم لا تجعل الواو للحال كما في قوله اد الي الفا وانت حر اجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون
بعد الاخذ لا حال الاخذ ولو قال خذه مضاربة علي ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه تقييدا لزيادة الثقة به
في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب وفي التنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال علي ان
تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف علي ان يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة
جاز لان فائدة الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل
كوفي وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغيره فقوله وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك
عن المكان في الاول والنوع في الثاني دليل علي التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضي اللفظ فان مقتضي
لفظ الاهل ان يكون شراوه من كوفي لا من غيره سوا كان بالكوفة او بغيرها وتقريره ان مقتضي اللفظ قد يترك بدلالة العرف
والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ولما لم يعتبر المعاملة في الصرف تخص بعينه مع تفاوت
الاشياء عرفنا ان المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله وكذلك ان وقت للمضاربة معناه ان التوقيت بالزمان مفيد فكان
كالتقييد بالنوع والمكان قال ـــ وليس للمضارب ان يشتري من يعتق علي رب المال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق
علي رب المال بقرابة او غيرها كالمحلوف عليه بعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد اخري وذلك
لا يتحقق في شري القريب لعتقه فالعتق لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة الي الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشري
عبد مطلقا ان اشتري من يعتق علي موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المكثر المحتاج الي تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة
حتي لو كان الموكل قيد بقوله اشتر لي عبدا ابيعه فاشتري من يعتق عليه كان مخالفا ولهذا اي ولوجه لكون هذا العقد وضع
لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شرا ما لا يملك بالقبض كالخمر والشرا بالميتة لانتفا التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد
لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل اي اشتري من يعتق علي رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة
لان الشرا متي وجد نفاذا علي المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشرا اذا خالف وقوله متي وجد نفاذا احترازا عن الصبي والعبد
المحجورين فان شراهما يتوقف علي اجازة الولي والمولي ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين ان يسترد
المنقوض من البائع ويرجع البائع علي المضارب او يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضي بمال المضاربة دينا عليه واما شرا من
يعتق علي المضارب ففيه تفصيل تفصيل اما ان يكون في المال ربح اولا فان كان لم يجز له ان يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد
نصيب رب المال لانتفا جواز بيعه لكونه مستسعي عند ابي حنيفة او يعتق الكل عندهما علي الاختلاف المعروف في تجزي الاعتاق
فيمتنع التصرف فينتفي المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من
المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانتفا المانع من التصرف حيث لا شركة له فيه فان ازدادت قيمتهم بعد الشرا
عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لان الزيادة القيمة وملكه الزيادة اي نصيبه من الربح امر حكمي لا
صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كامراة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وتركت زوجا واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن

لا يضمن شيئا لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصة رب المال من الربح لأنه
احتبس مالية العبد عند العبد فيسعى العبد فيه كما في الوراثة قال وإن كان مع المضارب ألف بالنصف وإن كان مع المضارب
ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة
والمدعي موسر فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وإن شاء أعتقه ولا يضمن المضارب شيئا وإن
قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان إعتاق في حق الولد وضمان الإعتاق
يختلف باليسار والإعسار وكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة
في الظاهر لصدورها من أهلها في محلها حملا على الفراش بالنكاح بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه
أي الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد من الأم والغلام مستحق برأس المال كمال المضاربة
إذا صار أعيانا كل واحد منها يساوي رأس المال كما لو اشترى بالألف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي ألفا فإنه لا يظهر
الربح وإذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض بوجهين أحدهما أن الجارية
كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فيتعين لذلك ويتعين أن يكون الولد كله ربحا والثاني أن المضارب إذا اشترى بألف المضاربة
فرسين كل واحد منهما يساوي ألفا كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح وأجيب عن الأول بأن تعينها كان لعدم المزاحم
لا لأنها رأس المال فإن رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن أحدهما أولى لذلك من الآخر
فاشتغلا برأس المال وعن الثاني بأن المراد بقوله أعيانا أجناسا مختلفة والفرسان جنس واحد يعتبران جملة واحدة فإذا
اعتبر جملة حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فإنهما لا يعتبران جملة بل كل واحد يكون بينهما على حدة لكون الرقيق أجناسا
مختلفة عند أبي حنيفة قولا واحدا وعندهما في الصحيح رواية كتاب المضاربة وإذا انتفت القسمة لم يظهر الربح فكان
كل واحد منهما مشغولا برأس المال فإذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال نفذت لظهور الربح ونفذت الدعوة السابقة
لأن سببها كان موجودا وهو فراش النكاح إلا أنها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فإذا زال المانع صار نافذا
بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الولد لأن ذلك إنشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا وإذا
بطل لم ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك وأما ما نحن فيه فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوثه كما إذا أقر بحرية عبد غيره
ثم اشتراه فإنه يعتق عليه وإذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال
من قيمة الولد شيئا لأن عتقه ثبت بالنسب والملك آخرهما فيضاف إليه لأن الحكم إذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف إلى
آخرهما وجودا وأصله مسألة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الإعتاق يعتمد ذلك وإذا
انتفى الضمان بقي أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والإعتاق فإن شاء استسعاه لاحتباس ماليته عنده نفسه
وإن شاء أعتق لكونه قابلا للعتق فإن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لأن
الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار قيل لم يجعل الجارية رأس المال والولد
كله ربحا وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست منه فكان تعيين الألف من السعاية
لرأس المال أنسب للتجانس وفيه نظر لأنا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت أي بالاستيلاد وجب على المضارب قيمتها
وهي من جنس رأس المال ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ من الولد لما
استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب
رب المال منها بجعلها أم ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما إذا استولد
جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فإنه يضمن لشريكه نصيبه كالأخ تزوج جارية أجنبي فاستولدها فمات المولى
وترك الجارية بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فإنه ضمان إعتاق وهو
إتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر إشارة إلى قوله لأن عتقه بالنسب والملك آخرهما ولا
صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقد وهو من المضاربة لأنه بدل المنافع فصار كالكسب

باب المضارب يضارب

المضاربة مركبة فأفردها عن المفردة اختلف علماؤنا في موجب الضمان على المضارب إذا دفع
المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى
يربح فالموجب هو حصول الربح فإذا ربح الثاني ضمن الأول لرب المال وقال محمد وأبو يوسف وهو ظاهر الرواية إذا عمل به ضمن
ربح أو لم يربح ثم رجع أبو يوسف وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر لأن ما ملكه المضارب هو الدفع على سبيل الإيداع لعدم الإذن
بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الإيداع لعدم الإذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الإيداع لعدم
الإذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الإيداع فلا يملكه ولهما أن دفعه إيداع حقيقة وإنما يتقرر كونه للمضاربة
بالعمل فكان الحال قبله مراعى أي موقوفا فإن عمل ضمن وإلا فلا ولأبي حنيفة رحمه الله أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع
والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مخالفا لاشتراك الغير
في

في ربح مال رب المال وفي ذلك إتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وعندهما يجب الضمان على الأول إذا عمل بها الثاني أو
العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة وأطلق القول ليتناول كل منهما فإن الأولى إذا كانت فاسدة أو الثانية أو كلتاهما
جميعا لم يضمن الأول لأن الثاني أجير فيه وله أجر مثله فلم يثبت الشركة الموجبة للضمان فإن قيل إذا كانت الأولى فاسدة لم
يتصور جواز الثانية لأن ما بني على الفاسد فاسد فلا يستقيم التقسيم أجيب بأن المراد بجواز الثانية ما يكون جائزا في الصورة
بأن يكون المشروط للثاني من الربح مقدار ما يجوز به المضاربة في الجملة بأن كان المشروط للأول نصف الربح ومائة مثلا وللثاني
نصفه قوله ثم ذكر في الكتاب يعني القدوري يضمن الأول ولم يذكر الثاني قيل اختيار منه لقول من قال من المشايخ ينبغي أن لا
يضمن الثاني عند أبي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين
الأول والثاني في هذه المسألة بإجماع أصحابنا وهذا القول هو المشهور من المذهب وهذا عندهما ظاهر وعنده لكن لا بد من
بيان فرق بين هذه المسألة ومسألة مودع المودع ووجهه أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يضمن والمضارب الثاني
يعمل فيه لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز أن يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة الثانية لأنه ملكه بالضمان من
وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما إذا دفع مال نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد أي بسببه
لأنه عامل له أي للمضارب الأول كما في المودع واعترض بأنه كلام متناقض لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال
لأنه عامل للمضارب الأول وأجيب باختلاف الجهة يعني أن المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من
حيث إنه في يده أمانة كالمودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لأنه قال قيل يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل
عامل لنفسه ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعته فلا تناقض بينهما ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد فإن الأول قد غره
اعتمد قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار وتصح المضاربة الثانية والربح بينهما على ما شرط
لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب للثاني ولا يطيب للأول لأن الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والأول
يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث لأنه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق قال فإن دفع إليه رب
المال مضاربة بالنصف هذه المسائل إلى آخرها ظاهرة لا تحتاج فيها إلى الشرح وإنما قال يطيب لهما ذلك أي للمضارب الأول والثاني
الثلث والسدس لأن الأول وإن لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقد بل الأول أنه لو أبضع المال مع غيره أو أبضعه رب المال حتى
ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وإن لم يعمل بنفسه وإنما قال غره في ضمن العقد لأن المغرور إذا لم يكن في ضمنه لا يوجب
الضمان كما إذا قال لآخر هذه الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه

فصل

لما كان للمضاربة بعد ... حال عقد المضارب أو رب المال حكم غير ما ذكر ذكره في فصل على حدة فقال وإذا شرط لرب المال ثلث
الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز فقوله ولعبد رب المال في مقابلة شيئان عبد المضارب
والأجنبي وليس ذلك الحكم باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازا عن
الثاني فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وإن
لم يشترط عمل الأجنبي معه صحت المضاربة مع الأول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب
المال لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما إذا لم يشترط ذلك
فإن فيه تفصيلا إما أن يكون على العبد دين أولا فإن لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال لأنه لما تعذر
تصحيح هذا الشرط في حق العبد لما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لأن ما شرط للعبد شرط
لمولاه إذا لم يكن عليه دين فإن كان عليه دين عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال
لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لأنه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة إذا كان على العبد دين وعندهما
يصح الشرط ويجب الوفاء به وإن كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف فأما إذا اشترط أن يعمل العبد وهو المذكور هنا فهو
جائز على ما شرطا سواء كان على العبد دين أو لم يكن لأن للعبد يدا معتبرة لا سيما إذا كان مأذونا له واشتراط العمل إذن له ولهذا أي
ولأن للعبد يدا معتبرة لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجورا عليه ولهذا أي ولكون اليد معتبرة خصوصا
إذا كان مأذونا له يجوز بيع المولى من عبده المأذون يعني إذا كان المولى من عبده المأذون يعني إذا كان مديونا على ما سيجيء
وإذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال
لأنه مانع من التسليم على ما مر وإذا صحت المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لأن كسب العبد
للمولى إذا لم يكن عليه دين وإذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد المأذون إلى آخره ظاهر

فصل في العزل والقسمة

لما فرغ ببيان حكم المضاربة والربح آل الأمر إلى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب
وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل قال وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة إذا مات رب المال أو المضارب
بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وبموت الموكل تبطل الوكالة وورد بأنه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد
أخرى بالثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل إذا هلك ثم

لم يعزل م

ثم لو هلك بعد ما اخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا اذا اعزله رب المال بعدما اشترى بمال المضاربة عروضا
كما في الوكيل اذا اعلم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل
والجواب عن ذلك كله سياتي واذا ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد مسلما واما اذا عاد
مسلما قبل القضا او بعده فكانت المضاربة بحالها لانه اما قبل القضا فلانه بمنزلة الغيبة وهو لا يجب بطلان المضاربة واما بعده
فلحق المضارب كما لو مات حنيفة واما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضاربة عند ابي حنيفة لان المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف
رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا التصرف من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا
حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما
شرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها بالادمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد
لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة حلالا ان ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى لكونه
على رب المال في قول ابي حنيفة لان حكم العهدة تتوقف بردته لانه لو لزمته لقضي من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور
اذا توكل عن غيره في البيع والشراء في قول ابي يوسف ومحمد حاله في التصرف بعد الردة في فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال
قال وان عزل رب المال المضارب اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع صح تصرفه لانه وكيل
من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك تعد او نسية
حتى لو نهاه عن البيع نسية لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح مقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة ينبني على
راس المال بتمييزه وراس المال انما ينفصل بتيسير ويحصل بالبيع ثم اذا باع بالثمن لا يجوز ان يشتري بالثمن شيا اخر لان العزل انما
لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صارت نقد افيعمل فان عزله وراس المال دراهم او دنانير فقد نضت
فلم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال قال المصنف هذا الذي
ذكره ان كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان راس المال دراهم فنانير او على العكس له ان يبيعها على الجنس راس المال دراهم وم
استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض قوله وعلى هذا موت رب المال يريد به ان العزل الحكمي كالعقدي في حق
المضارب ففي كل موضع لم يصح العزل العقدي لم يصح الحكمي لان عدم عمل العزل الحقيقي من ابطال حق المضارب فيحكمي ولا تفاوت
في ذلك بين العزلين واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على الاقتضا لكونه بمنزلة الاجير والاجر
الربح وان لم يكن ربح لم يجبر على ذلك لانه محض حينئذ والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ايفا ما تبرع به فان قيل رد راس المال وكيل م
على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالتقاضي وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب اجيب بانا لا نسلم ان الرد
واما الواجب عليه رفع يده كالمودع فيقال له وكل رب المال في الاقتضا فاذا فعل ذلك فقد ازال يده ولا بد له من ذلك لان
حقوق العقد ترجع اليه فان لم يوكل يتعطل حق رب المال ومن ربي مع الصغير قال له احل مكان قوله وكل والمراد به
المراد به الوكالة فكان في الكلام استعارة ومجاز معروفة وهو اشتمالها على التحلل وانما فسره بذلك لان احل ربما يوهم
ان راس المال دين في ذمة المضارب وليس كذا وعلى هذا سائر الوكالات يعني الوكيل اذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل
بالاقتضا واما البياع والسمسار وهو الذي يعمل للغير بيعا او شرى فانما يجبر ان على التقاضي لانهما يعملان بالاجر عادة واذا
وصل اليه اجرة اجبر على تمام عمله واستيجاره قال ما يحلو اعرف دلالة استوجر على شرا شي فقد استوجر على ما لا يتصل به لان
الشري لا يتم الا بمساعدة البايع على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في
ذلك ان يامر بالبيع والشرا او لم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوضه باجر المثل هكذا روي عن ابي يوسف
ومحمد قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الاصل في هذا ان الربح لا يتبين قبل وصول راس المال الى رب المال
قال صلى الله عليه وسلم مثل المومن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله فكذا المومن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزايمه
او قال فرايضه ولان راس المال اصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شي استكمل من التبع فان زاد
الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه امين وان اقتسما تراد الان القسمة تنفيذ ملكا موقوفا ان بقي ما عدا راس المال الى وقت
الفسخ كان ما اخذه كل منهما ملكا له وان هلك بطلت القسمة وتبين ان المقسوم راس المال فصل فيما يفعله المضارب
ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اوله المضاربة من افعال المضاربة زيادة للافادة وتنبيها على معقودية افعال المضاربة
بالاعادة قال ويجوز للمضارب ما كان من صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فيما يفعله المضارب وما لا فلا
فجاز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسية لانه من ذلك الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بان باع الى عشر سنين
لخروجه من صنيع التجار ولذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص
بنوع كالطعام مثلا واما اذا لم يخص كان له شرا السفينة والدواب لانه اشترى طعاما بحمله عليها وظ كلامه يدل على ان ذلك اذا كان
للركوب لا يجوز اما اذا كان للحمل فهو مسكوت عنه وله ان يستكري السفينة والدواب مطلقا اعتبارا لعادة التجار فانه اذا
اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله ان ياذن لعبيد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة
لكونه

لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روي عن محمد انه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة دفع مضاربة والفرق بينهما
ان الماذون لا يصير شريكا في الربح ولو باع بنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عند ابي حنيفة ومحمد فلان الوكيل يملك ذلك
فالمضارب اولى لعموم ولايته لكونه شريكا في الربح او بحر علته ذلك الا ان الوكيل يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان
له ان يقايل العقد ثم يبيع نسية لانه من صنيع التجار فجعل تاجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسية ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا
اخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسية بعد ما باع مرة لانتهاء وكالته واما عند ابي يوسف فلان المضارب يملك الاقالة والبيع
نسيا كما قاله وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سوا كان ايسر من المشتري او اعسر منه لما ذكرنا
انه اقال العقد الاول ثم باعه بمثله على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال من مال اليتيم
لان تصرفه نظري فلا بد وان يكون المحال عليه ايسر ثم ذكر الاصل فيما يفعله المضارب بافعاله الثلاثة وهو ظ ثم قال ولا يزوج
عبدا ولا امة من مال المضاربة لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها وجوز ابو يوسف تزويج الامة لانه
جعله من الاكتساب بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب انه ليس بتجارة وان كان فيه كسب فصار كالاعتاق على مال والكتابة
تحت المضاربة قال فان دفع شيا من مال المضاربة الى رب المال فان دفع من مال الى رب المال شيا من مال المضاربة
بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافا لزفر فان رب المال متصرف في مال نفسه بغير توكيل اذا لم يصح
فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتدا ولنا ان الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب
وله ان يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبي فرب المال اولى لكونه
اشفق على المال فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه ابتدا فانه يمنع التخلية فان قيل رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي
عن المال في توكيله فان قيل لو كان كذلك لصح المضاربة مع رب المال لانه يعمل بعقد له بخلاف ما اذا دفع المال لرب المال مضاربة
حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على رب المال اما ان يصير بالتخلية كالاجنبي اولا فان كان الاول جازت المضاربة
وان كان الثاني لم يجز الابضاع فالتقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع
لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود بخلاف البضاعة فانها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه فان الوكيل
قد يجوز ان يوكل وليس المال له واذا لم تصح المضاربة الثانية فعمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى وكلام
المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال شيا من مال المضاربة وليس كذلك لان الدين لم يفصل بين كونه بعضا او كلا
وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضارب لان رب المال ان اخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير امره وباع واشترى
فان كان راس المال نقدا فقد نقض المضاربة اذ الاستعانة من المضارب لم يوجد حيث لا دفع منه وكان رب المال عاملا لنفسه ومن
ضرورة ذلك انتقاض المضاربة واما اذا صار راس المال عرضا لا يكون نقضا لان النقض الصريح اذا كان راس المال عرضا لم يعمل فهذا
اولى قال واذا عمل المضارب في المصر فرق بين السفر والحضر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس في السفر
دون الحضر وذلك واضح والقياس ان لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل او المستبضع عامل لغيره
بامره او بمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق اخذها ولا النفقة في المال الذي يعمل به الا انا تركناه فيما اذا سافر
بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بانه عامل له ببدل مضمون في ذمة المستاجر
وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا
يحصل فان انفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا اخذ شيا للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي
معه شي منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شي من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد
الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح ويبيت باهله فان كذلك فهو بمنزلة السوق وان لم يكن فنفقته
في مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك له والنفقة ما تصرف الى الحاجة الراتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شرا او كرا
كل ذلك بالمعروف والحق بذلك ما كان معدا لنفسه الى كغسل الثياب واجرة الخادم والحمام والحلاق وعلف الدابة والدهن
في موضع يحتاج اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ما شاء في حوايجه بعد من الصعاليك وقل معاملوه
فصار بما به لكثرة الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة والدوا لا يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لاصلاح البدن فوجه
الظاهر ما ذكر في الكتاب قال واذا ربح اخذ رب المال يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح يا خذ رب المال
راس ماله كاملا فيكون النفقة مصروفة الى الربح دون راس المال فاذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطا فاذا باع
المضارب المتاع بعد ما انفق مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والصباغ والقصار ولا يحسب
ما انفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده
وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه كما مر وانما ذكرها بعد ما مر تمهيدا
لقوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الالوان كالحمرة الا السواد عند ابي حنيفة لان الصبغ عين
قايم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برايك ينتظمه فاذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ

يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرابحة قسم الثمن هذا على
الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما قيمة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصارة بغير
الثاق والحلق فانه ليس بعين مال قايم بالثوب ولم يزد به شي ولهذا اذا فعله الغاصب وازداد القيمة به ضاع فعله وكان
للمالك ان ياخذ ثوبه مجانا واذا اصبغ المغصوب لم يضع بل تخير رب الثوب بين ان يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة
لا يوم الاتصال بثوبه وبين ان يضمنه جميع قيمة الثوب ابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك
فالمضارب لا يكون اقل حالا منه فان قيل المضارب لما لم يكن له قيمة الصبغ كان بمنزلة الغاصب فيجب ان يضمن كالغاصب
بلا تفاوت بينهما اجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برايك وذلك يتناول الخلط والصبغ اختلط ماله بمال المضاربة
فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلم يضمن ولهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا العمل او غير ماذون فان كان
ماذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة
لانه استدانه على المالك وليس له ولاية ذلك

فصل اخر

هذه مسايل متفرقة تتعلق بمسايل المضاربة
فذكرها في فصل على حدة قال فان كان معه الف ما ذكره المصنف واضح ومبناه على اصل وهو ان ضمان رب المال البايع
هلاك مال المضاربة غير مانع لها والمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب للبايع بسبب هلاكه مانع
عنها وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها عبدا وهو مضاربة فاذا باعه بالفين
ظهرت حصة المضارب وهي خمسماية فاذا اشترى جارية بالالفين وضاع ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة ارباعها لرب المال
فاذا هلك الثمن كان غرم الربع على المضارب وهو خمسماية والباقي على رب المال واذا اغرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية
لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على ان المضارب امين فيكون الضمان منافيا لها ولو اعتبرنا
نصيبه على المضاربة لا يبطل ما غرم لانه لا يصلح ان يجعل ذلك راس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يجوز ثم لو باعها
باربعة الاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك الف بقيت ثلاثة الاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال ملايم المضاربة
ولا يضيع ما يضمن بل يلحق براس المال واذا كان كذلك كان راس المال في ذلك الفين وخمسماية والخمسماية ربح بينهما انصافا
قوله وان كان معه الف معناه واضح وقوله لتغاير المقاصد لان مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب
استفاد اليد على العبد وقوله الا ان فيه شبهة العدم اي عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم
يستفد به الا ما لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاعتبر اقل الثمنين وهو خمسماية لثبوته من كل وجه والاكثر ثابت
من كل وجه دون وجه بالنظر الى انه بيع ماله بماله قوله فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد
رجلا خطا كان الدفع والفدا اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه فثلاثة ارباع الفدا على رب
المال وربعه على المضارب لان الفدا مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما ارباعا لان راس المال لما صار عينا واحدا
ظهر الربح وهو الف بينهما ولهذا اعتق الربع ان كان العبد قريبه والف وهو راس المال وقيد العين بالوحدة احترازا عما اذا
كانا عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما قدمناه فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بينا
انه صار مضمونا عليه فلا يكون امانة ومال المضاربة امانة ولما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفدا عليهما فانه
يتضمن انقسام العبد بينهما لاستخلاص كل منهما بالفدا ما يخصه والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم يعني به ما اذا ضاع
الالفان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه على المضارب لكونه العاقد والدفع والفدا ليس
بالعقد حتى يكون عليه وقوله ولان العبد كالزايل لانه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك
فدفع الفدا كابتداء الشرا فيكون العبد بينهما ارباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف
ما تقدم يريد به ما تقدم في المسئلة المتقدمة وهي ما اذا ضاع الالفان فان العبد فيها على المضاربة فان كان معه الف فاشترى
بها عبدا او هلكت قبل النقد الى البايع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون راس المال جميع ما يدفعه لان المال في يده
امانة وقد هلك وبقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين وبالقبض ثانيا لا يصير
المضارب مستوفيا لان الاستيفا انما يكون بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو امانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان
واذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع على رب المال مرة بعد اخرى الى ان يسقط عنه العهدة بوصول الثمن الى البايع بخلاف الوكيل
اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشرا او هلك بعد الشرا فانه لا يرجع الا مرة واحدة لانه امكن ان يجعل مستوفيا لان الوكالة تجامع
الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب فانه يصير وكيلا ولا يبرا عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب
وجب الضمان ولم يعتبر امينا وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو بعيد قد تقدم على قبض الامانة فيجوز ان يعتبر اجنبيا
وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب الغاصب رب المغصوب
منه الغاصب وجعل راس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق يحتاج
دفعا للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن ان يجاب عنه بان مقصود المصنف
دفع

دفع السعي له اجتماعهما واما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بالف
اخرى اصلا فاما هاهنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفا يضر المضارب فاختار اهون
الامرين بخلاف الصريح الوكيل لانه بمنزلة البايع فضرره ببطلان الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري وقوله ولو غصب الغاصب لم يثبت
فيه رواية تخرج الى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة للفرق بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه
يرجع في الاول ويصير به مستوفيا وفي الثاني لا يرجع اصلا وكلامه فيه واضح

فصل في الاختلاف

اخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف وهو الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قال وان كان مع المضارب
الفان اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار راس المال مثل ان يقول المضارب دفعت الي الفا وربحت
الفا وقال رب المال بل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول لرب المال وهو قول زفر لان المضارب
يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول
في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع لكونه اعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك
اي مع الاختلاف في راس المال مثل ان يقول رب المال راس المال الفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف والمشروط
نصفه فالقول فيه اي في الربح لرب المال يعني وفي راس المال للمضارب كما كان اما في راس المال فلما مر من الدليل واما في الربح فلان
الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا
انكر الزيادة وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في راس المال وبينة المضارب
على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للاثبات واذا كان في صفة راس المال كما اذا قال من معه الف درهم هي مضاربة
لفلان بالنصف وقد ربحت الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته بمقدار من الربح او الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال
والبينة للمضارب لانه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا وان اتفقا على عدمه لا حتمال ان يكون مضاربا في الاول
ثم اقرضه ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التمليك ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب
لاتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال اما اذا انكر الخصوص فظ لان العموم
هو الاصل كما يذكر وكذا اذا انكر العموم لانه يجعل الانكار وذلك بعده ورب المال يدعي العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا
وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل انه لو قال خذ هذا المال مضاربة
بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة
كان مدعي العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن
يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب قال المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة واعترض عليه بان البينة
للاثبات لا للنفي وبان الاخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان
فاقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الاخر فلا يحتاج الى بينة
ولو وقتت البينتان فصاحب التوقيت الاخير اولى لان اخر الشرطين ينقض الاول وان لم يوقتا او وقتا على السوا او وقتت
احداهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضا بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر
القضا عليهما يحمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب
بما تقدم في اول الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا
تمليك شي وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي ~~المنفعة بلا عوض~~ الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي اعلى من الهبة لانه عقد لازم
واللازم اقوى واعلى مما ليس بلازم ومن محاسنها اشتمالها على ما يدل على مناقب ذكره وما له في اعانة عباد الله واستحق به الاجر والثناء على
ذلك سوا وسببه تعلق البقا المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مرارا وشرعيتها بقوله تعالى ان الله يامركم ان تودوا الامانات
الى اهلها باطلاقه وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد امين وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال وركنها اودعتك
هذا المال او ما يقوم مقامها فعلا كان او قولا والقبول من المودع حقيقة او عرفا فانه لو وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة
عندك وذهب صاحب هذا الثوب ثم غاب الاخر وترك الثوب ثمة فضاع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها كون المال
قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشي بدون اثبات اليد غير متصور فايداع الطير في الهوا والعبد الابق
غير صحيح وحكمها كون المال امانة عنده قال الوديعة امانة في يد المودع قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ
وذلك يكون بالعقد والحفظ والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك
جاز حمل الاعم على الاخص والوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان
ولا على المستودع غير المغل ضمان والغلول والاغلال الخيانة الا ان الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظر لانه ذكر في غريب
الحديث انه قول شريح ليس بحديث مرفوع واجيب بانه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها

فلو ضمن المودع لامتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله قالوا المراد به من يساكنه
لا الذي يكون في نفقته المودع فحسب فان المراة اذا اودعت شيا جاز لها ان تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه
ولم تكن في نفقته وتركه الاب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط ان لا يعلم بمن في عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم ضمن
وهذا اذا لم ينهه عن الدفع اليهم لان الظ انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وهو انما يحفظ ماله بمن في عياله
فيجوز ان يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل العيال ليس بشرط فانه روي عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو
ليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله انه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان في الوديعة
كذلك قوله ولانه دليل آخر على ذلك وهو انه اي المودع لا يجد بدا من ذلك اي من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته لا محالة
ولا استصحاب الوديعة عند خروجه وهذا معلوم للمودع فيكون راضيا بدفعها اليهم فان حفظها بغيرهم بان ترك بيتا فيه الوديعة
وخرج وفيه غير عياله او اودعها غيرهم بان نقلها من بيته واودعها عند غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره
والايدي تختلف في الامانة قيل هذا ايضا نقض قوله لان الظ انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال
نفسه لان المودع يجوز له ان يستودع ماله عند غيره فينبغي ان يملك ايداع الوديعة ايضا وجوابه ظ لان قوله الظ
انه يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ قوله ولان الشي لا يتضمن مثله وقد تقدم
ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد الماذون والمكاتب فان لهم ولاية فعل ما ليس لهم والوعد بالجواب في خطابها
ولا باس بذكره ههنا اجمالا وهو ان المستعير مالك للمنفعة والماذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التمليك
والوضع في حرز الغير ايداع كالتسليم اليه فيوجب الضمان الا اذا استاجره فيكون حافظا بحرز نفسه قوله الا ان يقع في
داره حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره او الالقاء الى سفينة اخرى طريقا للحفظ
فيكون مرضي المالك وينتفي الضمان لكنه متهم في دعوى ذلك فلا يصدق في دعواه لدعواه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو
التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن للايداع فلا بد من اقامة البينة وقال في المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله بغير
بلا بينة قال ـــ فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها اذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو
قادر على التسليم ضمن لانه متعد اذ المتعدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض بعد ذلك بامساكه
فوجبه فصار ضامنا والخلط الذي لا يتميز تعدي فيوجب الضمان وتنقطع الشركة عند ابي حنيفة وقالا ان خلط بالجنس
شركه ان شا كخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فالا يعذر الوصول الى حقه صورة امكنه
معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شا ولابي حنيفة انه استهلاك من وجه لتعذر الوصول
معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم قوله وامكنه معنى غير صحيح لان القسمة من احكام الشركة فلا تصلح موجبة لها لئلا
ينقلب المعلول علة ولو ابرا الكل ابرى لما سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لا حق له الا في الدين وقد اسقط وعنده ما يسقط
حتى جهة الضمان لتعين الدين لينصرف الابرا اليه فيبقى الشركة في المخلوط وان خلطها بغير الجنس كخلط الحل بالحا المهملة وهو
دهن السمسم بالزيت نقاره مذهبهما كمذهب ابي حنيفة فيوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة
وهو ظ ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس لان حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس ومن هذا القبيل
اي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك
كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة وكانا على الاختلاف المذكور لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فيتعذر التميز صورة ومعنى وان خلط
المايع بجنسه اوجب الضمان عنده لما ذكرنا من الاستهلاك وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر فيكون المخلوط لصاحب الكثير
ويضمن لصاحب القليل اعتبارا للغالب اجزا وعند محمد شركه بكل حال اي سوا كان الخليط بالقليل او بغيره لان الجنس لا يغلب
الجنس عنده لما مر في الرضاع اذا اجمع بين لبن امراتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد ونظيره
خلط الدراهم بمثلها اذابه لصيرورته مايعا بالاذابة وان اختلط عيال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيس فاختلط صار الشريكين
لانه لم يصنع شيا يوجب الضمان وهذا بالاتفاق فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك ان يكون الهالك
والباقي على الشركة فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض خلطا لانه
دون ما مر فاجعل الرد قضا الا خلطا لعدم التفرد بالقبض بغير محضر من صاحبه ولو لم يرد ما انفق كان ضامنا لما انفق وقد بقي منها لان الحفظ فيه
وبما انفق لم يتعب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعيض اذ الكلام فيه وان اخذ لينفق ثم بدا له فرده الى موضعه فتلفت فلا ضمان
عليه لان اخذه لم ينافي الحفظ ومجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى ان يغصب مال انسان ولم يفعل قال ـــ واذا تعدى
المودع في الوديعة واذا تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة او لبس الثوب او استخدم العبد او اودعها عند غيره ثم ازال
التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة لكونها
امانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي للاخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه عن
التقييد لان اطلاقه دوقت فيوجب بقا المامور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت
نقيضه

نقيضه وهو اللاامانة بالمخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى
ما تعدى ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بان الامر باق فيكون مامورا بدوام وما هذا شانه فالمخالفة فيه رد
للامر من الاصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود واجيب بانا لا نعلم ان المخالفة فيه رد له من الاصل لان
بطلان الشي انما يكون بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لابطال الايداع ولا تنافيه الا ترى ان
الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل بخلاف الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز ان
يكون رد القول مثله الا ترى ان الجحود في اوامر الشرع رد لها يكفر به والمخالفة بترك صلاة او صوم مامور به ليست برد ولهذا لا
جه يكفر بها قولكما اذا استاجره يتطرق بمسالة الوديعة بالاستثنا فان المخالفة ترك الحفظ في بعض اوقات كونها وديعة فصار كما اذا استاجر
للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه امينا
واعترض بان هذا الشرط غير مستقيم لان بقا كونه امينا باعتبار ان عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف ما نحن فيه واجيب بان
العقد اللازم وغير اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سوا بالاتفاق كالاجارة والعارية والبيع والهبة ينتقض بعدم
تسليم المعقود عليه ثم في الاستئجار ورد المعقود على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة يحدث شيا فشيا فبترك الحفظ في بعض المدة
يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا لبقا المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله فحصل الرد الى نايب المالك جواب عن قوله
فلا يبرأ الا بالرد على المودع ووجهه ان المودع نايب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نايب المالك وقوله
فان طلبها صاحبها فجحدها ضمن قوله ولو جحدها عند غير صاحبها كان قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة لا يضمنها عند
ابي يوسف وكذا لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل ان يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة خلافا لزفر وانما
ذكر خلافهما فحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير مذكور في المبسوط وانما ذكر اختلاف زفر ويعقوب
فذكر كذلك وجه قول زفر ان الجحود سبب للضمان سوا كان عند المالك او لا كالاتلاف حقيقة ووجه قول ابي يوسف ما ذكره انه من باب الحفظ
لان فيه قطع طمع الطامعين قال ـــ وللمودع ان يسافر بالوديعة وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومونة قالوا
اذا كان الطريق امنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر باهله لم يضمن
وان سافر وحده ضمن لانه امكنه تركها في اهله ولا فرق بين السفر الطويل والقصير وقالا ليس له ذلك اذا كان له حمل ومونة وقد تقدم معنى
الحمل والمونة لكن قيل عند ابي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان او بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين اي
سوا كان لها حمل ومونة اولا لابي حنيفة اطلاق الامر لان الامر امره بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا
ان اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ اجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا كان
الطريق امنا ولهذا اي ولكون الطريق المفازة محلا للحفظ يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مظنونا لما جاز لهما ذلك
قيل هو اي الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بذلك بطلب الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة
فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا واجيب بانه توضيح لا استدلال ولين كان استدلالا فهو صحيح لان ولايتهما على مال الصبي
نظرية واولى وجوه النظر رعاية عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما
انه يلزمه مونة الرد لان المودع يجوز ان يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مونة الرد والظ انه لا يرضى به فيتقيد به لكن ابا
يوسف جعل السفر القريب عفوا قياسا على الغبن اليسير في التجارات والشافعي تقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وجعله
كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استاجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر به كذا هاهنا وان سافر ضمن قوله قلنا مونة الرد
جواب عن قولهما وتقريره سلمنا ان المونة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال امر المودع امره فان امره
مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع الى المالك فلا يبالي به وقوله والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم فان من كان جواب عما
الشافعي يعني ان المعتاد كون المودعين وقت الايداع في المصر لا حفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها ولا ينقله الى الامصار
بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المالك ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان
التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال ـــ واذا اودع رجلان عند رجل وديعة اذا اقدي المودع فطلب احدهما
نصيبه منها في غيبة الباقين لم يجب المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي وقال لا يدفع اليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغايب
حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغايب ان يشارك القابض فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوصفه على ان المراد
بموضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر محمد
الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوايد الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد
لم يكن له ان ياخذ نصيبه بالاجماع وحكاية الحاكم في المسالة مشهورة لهما انه طالبه يدفع نصيبه فيومر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا
لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ومن طالب ما سلم لم يمنع عنه ولهذا كان له ان ياخذه وان كان في يد المودع بالاتفاق
ولابي حنيفة لا نسلم انه طالبه بتسليم نصيبه بل يدفع نصيب الغايب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه لان المفرز المعين يشتمل على الحقين
ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة لانه ليس بوكيل في ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه

يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون تقضي بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل المديون متصرف في مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الاذن لا يوجب التصرف فيما له بالدفع الي من لا يجب له عليه ذلك والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي بقضاء حصته وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة وقوله لان ياخذه جواب عن قولهما ولهذا كان له ان ياخذه وتقريره جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز يعني من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه اي غريم المودع اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه قوله وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم ما يقسم هو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا يقسم كالمتعيب به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق وكلامه ظ وقال في المبسوط قول ابي حنيفة اقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتاتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ احدهما للكل واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الي زوجتك فسلمها اليه لا يضمن معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال اذا نهاه ان يدفعها الي احد من عياله فدفعها الي من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الي غلامه او كانت شيئا يحفظ على ايدي النساء فنهاه عن الدفع الي امراته وهذا اعني قوله وهو محمل الاول والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان وان لم يكن مفيدا او كان ولم يمكن العمل به كما نحن فيه يلغو وعلى هذا اذا نهى عن الدفع الي امراته وله امراة اخرى امينة او عن الحفظ في الدار وله اخرى فخالف فهلك ضمن واذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة او نهى عن الدفع الي امراته وليس له سواها او عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف فهلك لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني متعذر العمل به قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها اخر اذا اودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند ابي حنيفة ويخير رب المال في تضمين ايهما شاء عندهما لانه قبض من ضمين لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الي الثاني والثاني قد قبض منه والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملكه نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابي حنيفة انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رايه وتدبيره لا من حفظ وصورة يده ولهذا لو دفع الي من يحفظ بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد تعد منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه واما الثاني فيستمر على الحالة الاولى وهو القبض من امين اذا لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره واذا كان في يد رجل الف فادعى رجلان كل واحد منهما انها له اودعها الخ ظ سوى الفاظ نذكرها قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعي الالف قوله وان نكل اعطى للثاني اي بعدما حلف الاول قوله ولا يقضي بالنكول يعني للاول لان الثاني ربما يقول انما نكل لك لانك بدات بالاستحلاف فلا ينقطع الخصومة بينهما قوله فينكشف وجه القضاء بانه يقضي بالالف للاول او للثاني او لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما فكذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجه قوله لانه اي لان المودع المنكر اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله عند ابي حنيفة وباقراره عندهما ولو قضى للاول حين نكل قال الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف الثاني وان نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لان القاضي قدمه اما باختياره او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني ولم يذكر انه اذا حلف الثاني ماذا حكمه وقال خواهر زاده في شرح الجامع فان حلف يقضي بنكوله للاول وقوله لكونه اقرارا اي لكون النكول اقرارا دلالة وقوله هذا العبد اي يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما اقر به للاول وثبت حق الاول لا يفيد اقراره به للثاني لانه لا يمكن دفعه الي الثاني بعد ذلك وقوله بناء اي قال الخصاف يحلفه عند محمد بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الي غيره يضمنها عند محمد خلافا لابي يوسف كما اذا اقر بالوديعة لانسان ثم قال اخطات بل هي لهذا كان عليه ان يدفعها الي الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للاخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه صار مستهلكا على الثاني لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الي الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلافا لابي يوسف لان بمجرد اقراره لم يفوت على احد شيئا وانما الفوات بالدفع الي الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد انه سلط القاضي على القضاء بها للاول لاقراره وقد اقر انه مودع الثاني والمودع اذا سلط الوديعة غيره صار ضامنا وللمسئلة تفريعات ذكرت في المطولات

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج فقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب وكانه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير قيل وهو قول الشافعي قالا لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره وكل من ذلك يدل على انها اباحة اما الاول فلان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة واما الثاني فلان التمليك يقتضي ان يكون المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تمليكا للمجهول واما الثالث فلان المعير يملك النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا لما ملكه كالاجر لا يملك نهي المستاجر عن الانتفاع واما الرابع فلان المستاجر يجوز ان

يوجر

يوجر المستاجر لتملكه المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز له ذلك كما في الاجارة والمعتمد قول عامة العلماء انها تنبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية وهي انما تكون تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك مثل ان يقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك وان قيل المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك اجاب بقوله والمنافع قابلة للتمليك كالاعيان وبنى على ذلك قوله والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض وذلك ظ لا نزاع فيه ثم الاعيان تقبل النوعين فكذلك المنافع والجامع دفع الحاجة وفيه بحث من اوجه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تعلل لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع ان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص الي فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه اصول الفقه والثالث ان من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الي فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان ويمكن الجواب عنها بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي اما الاول فما ذكر في بيانه يحمل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فانه يحمل عليه اولى وقوله ولفظ الاباحة جواب عن قول الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه ان ذلك مجاز كما ان الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تمليكا وقوله والجهالة جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة المفضية الي النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم ووجه اخر ان الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله والنهي منع عن التحصيل جواب عن قوله ولذلك يعمل النهي فيه ووجهه ان عمل النهي فيه ليس باعتبار انه ليس في العارية اعتبار تمليكه بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعد وله ذلك لكونه عقدا غير لازم فكان له الرجوع عما ملك المستعير في وقت شاء كما في الهبة وقوله ولا يملك الاجارة جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجيء هذا ما يتعلق بتفسيرها او حكمها وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج اليه للمدني بالطبع وهي عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وانما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به قال وتصح بقوله اعرتك هذا بيان للالفاظ التي ينعقد بها العارية وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه اي حقيقة في عقد العارية واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه قيل اي مجاز فيه وفي عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في اصول الفقه فلا فرق اذن بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والاخر مجاز فاشار الي الثاني بقوله مستعمل اي مجاز ليعلم الاخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب اي اعطيتك المنحة وهي الناقة او الشاة تعطي الرجل الرجل ليشرب من لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل في كل من اعطى شيئا منيح وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به اي بقوله هذه الهبة لانه لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا اي مجازا من حيث العرف والعام واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في الاستخدام وهو العارية وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تمييزا لقوله لك لكونه محتملا على التمييز من قوله لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فاذا ميزه بتعيين المنفعة يحمل الكلام عليه اي على تمليك المنفعة دلالة لانه حمل المحتمل على المحكم وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة ووجه الاستدلال ظ وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت ان المنحة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة في ان العارية تستحق الرد ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض وهو لا يملك الا به فصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن اذا هلكت العارية فان كان بتعد كحمل الدابة ما لا يحمل مثلها او استعملها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب اوجب الضمان بالاجماع وان كان بغيره لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة لان قبض الوديعة فيها لاجل المودع لا لمنفعة نفسه وقوله لا عن استحقاق اي لا عن استحقاق قبض بحيث لا ينقضه الاخر بدون رضاه احتراز عن الاجارة فان المستاجر يقبض بحق له ليس للمالك القبض قبل مضي المدة بدون رضاه فان قيل قبض ماذون ومثله لا يوجب الضمان اجاب بقوله والاذن يثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في المغصوب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان يعني ان الضمان لا يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب له اما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه

فسادا في الوضع لان اذن المالك في قبض الشي يبقى الضمان فكيف يضاف اليه قوله والاذن جواب عن قوله والاذن ثبت
ضرورة الانتفاع يعني انه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد على العين وتقريره العقد بالموجب
يعني سلمنا ان الاذن لا يكون الا ضرورة الانتفاع لكن القبض العالم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه
وقوله انما وجب الرد مونة جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد لا يدل على انه مضمون لانه
وجب لمونة القبض اي حصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس لبعض القبض لا عن استحقاق فنوجب الضمان
وقوله والمقبوض على سوم الشرا جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشرا وتقديره انه ليس لمضمون بالقبض
بل بالعقد لان الماخوذ بالعقد له حكم العقد فصار بالماخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد
له حكم العقد ولا عقد هنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس
عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشرا وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة نظرا
له لان الاصل في ضمان العقد هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد واذا لم يوجد صير الى
الاصل وقوله على ما عرف في موضعه قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط قال ـــــ وليس
للمستعير ان يوجر ما استعاره وليس للمستعير ان يوجر المستعار فان اجره وعطب ضمن لوجهين احدهما ان الاعارة دون الا
جارة والشي لا يتضمن ما هو فوقه والثاني انا لو صححناه فاما ان يكون لازما او غير لازم ولا سبيل الى شي من ذلك اما
الثاني فانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع واما الاول فلانه حينئذ يكون تبطيل
المستعير من مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضا مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو
ايضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالموضوع فابطلناها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين
سلم والمعير بالخيار ان شا ضمن المستاجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شا ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن
المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر ملكه بغيره وان ضمن المستاجر رجع على الموجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر الغرور
بخلاف ما اذا علم وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة
وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانها اباحة المنافع على ما مر والمباح له لا يملك الاباحة وهذا اي كون الاعارة اباحة لان المنافع
غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في الاعارة بالاباحة فلا يصار الى التمليك
ولنا انها تمليك المنافع على ما مر فيستضمن مثله كالموصى له بالخدمة جاز ان يعير لتملكه المنفعة وقوله والمنافع اعتبرت قابلة جواب
عن قوله والمنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل في الاعارة كذلك
دفعا للحاجة وقدم لنا الكلام فيه فان قيل لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل
وبين ما لا يختلف كالمالك اجاب بقوله وانما لا يجوز باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال
غيره وقال هذا اي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة فوجب ان يبين اقسامها فقال وهي على اربعة
اوجه وهي قسمة عقلية احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني ان يكون مقيدة فيهما والثالث ان يكون
مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع بالعكس فللمستعير في الاول ان ينتفع به اي نوع شا اي وقت شا
عملا بالاطلاق وفي الثاني ليس له ان يجاوز فيه ما سماه من الوقت والمنفعة الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك كمن استعار
دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة اخرى او الى خير منه كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا
وفي القياس يضمن لانه متى لف فعند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع
بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته
ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد اذا كان مفيدا او في الثالث والرابع ليس له ان يتعدى ما سماه
من الوقت والنوع وعلى هذا اذا استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب
ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق كان له التعيين حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب وهو اختيار شمس الائمة
السرخسي وشيخ الاسلام قال ـــــ وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قبض قرض اذا استعار
الدراهم فقال له اعرتك دراهمي هذه كان بمنزلة ان يقول اقرضتك وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان الاعارة تمليك
المنفعة ولا يملك الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فكان تمليكا للعين اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة او القرض والقرض ادناهما
لكونه متيقنا قيل لانه اقل ضررا على المعطي لانه يوجب رد المثل وما هو اقل ضررا هو الثابت يقينا ولان من قضية الاعارة الانتفاع
ورد العين وقد عجز عن رده فاقيم رد المثل مقامه قال المصنف هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا
او يزين بها دكانا فرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار انية ليتجمل بها او سيفا محلى يتقلده فالعارية الكامل
او الموازين اذا اقامتها والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى واذا استعار ارضا للبنا والغرس جاز وللمعير الرجوع
فيها وتكليف قلع البنا والغرس اما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة واما الرجوع فلما

بنيا

بنيا يعني به قوله فللمعير ان يرجع في العارية متى شا لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة واما التكليف فلان
الرجوع اذا كان صحيحا بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم المعير اما ان وقت العارية او لم يوقت فان لم يوقت فلا
ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن انه يتركها في يده مدة طويلة من غير ان يسبق
منه الوعد وان كان وقت للعارية فرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البنا والغرس
بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفا بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور
الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر والاعارة ليست كذلك اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه لقيمة
البنا والغرس ان اراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقدير كلامه ابن في هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى كذا فاذا
فان لم اتركها فانا ضامن لك بقيمة حاله وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت
صحيحة شرعا لا بد من فائدة لذكر الوقت وذلك ما قلنا وجه قوله ضمن ما نقص البنا والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البنا
والغرس الى ان يبقى الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمتها يعني اذا كانت قيمة البنا الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا
واذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين يرجع بثمانية كذا ذكره القدوري يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد
ان المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الا ان يشا المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لانه ملكه
قالوا يعني المشايخ اذا كان بالارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح
بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ما قاله القدوري ان المعير يضمن نقصان البنا والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع
فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ما قاله القدوري ان
المعير يضمن نقصان البنا والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر اما اذا الحق فالخيار في الابقا بالقيمة مقلوعا وتكليف
القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر ويجوز ان يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه ان المستعير انما يمكن من القلع
وترك الضمان اذا لم يتضرر الارض بالقلع واما اذا انضرر فالخيار لرب الارض وهو الاظهر ولو استعارها ليزرعها لم يوخذ منه
حتى يحصد الزرع بل يترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل وقت او لم يوقت لان للزرع نهاية معلومة وفي الترك مراعاة
الحقين فانه لما كان الترك باجر لم تفت منفعة ارضها مجانا ولا زرع الاخر بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر
عن المالك قال ـــــ واجرة رد العارية على المستعير واجرة رد العين المستاجرة على الموجر وذلك لان الاجرة مونة الرد فمن وجب
عليه الرد وجب اجرة والرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستاجر
وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان منفعة قبضه سالمة للموجر معنى فيكون عليه مونة رده لما ذكرنا ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع
بمنافع العين المستاجرة لان منفعة الاجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين لكونه جوهرا اولى من المنفعة وعلى هذا كان اجرة رد
المغصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد عليه دفعا للضرر على المالك فيكون المونة عليه ومن استعار دابة وردها الى اصطبل
مالكها فهلكت لم يضمن وفي القياس هو ضامن لانه لم يسلم الرد فصار كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم
لان الواجب على الغاصب نسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه
لو ارتضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عرفا ليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار الملاك
معتاد كالة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه
لم يضمن ولو استعار عقدا لم يرده الا الى المعير للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره
مشاهرة او مساناة فهو صحيح لانها امانة وله حفظها على يد من في عياله كما في الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لوجود
الرضى به من المالك الا ترى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب
فقيل به وقيل هو وغيره سوا وهو الاصح لوجود الدفع الى من في عياله وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت هذه المسالة على ان المستعير
لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال انه يملك الايداع وهو مشايخ العراق اولوا هذه المسالة
بانتهاء الاعارة لانتهاء مدتها فكان اذ ذاك مودعا وليس له ان يودع غيره فاذا اودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقي كلامه
ظاهر لا يحتاج الى الشرح

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها وجه الحجة وهي في
اللغة عبارة عن ايصال الشي الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض وهو
العقد المشروع لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع ويصح بالايجاب والقبول والقبض وهذا
بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه
بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون
القبض بخلاف البيع وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
لا تجوز الهبة الا مقبوضة اي لا يثبت حكم الهبة الا وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق ولانه عقد تبرع وعقد
المتبرع لم يلزمه به شي لم يتبرع به وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه التسليم ورد بان المتبرع بالشي قد يلزمه ما لم يتبرع

به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم او صلاة لزمه الاتمام واجيب
بانه مغالطة فانه ما لا يتم الشيء الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصوم فانه يجب بالنذر او الشروع وما
لا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد غير لازم ابتداء او انتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم
به بخلاف الوصية فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لا الزام فيه على زيادة على ما شرع وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت
ولا يتصور الالزام على المتبرع لعدم اهلية الملزوم وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت
الملك فيه بمجرد القول كالوصية الحق الوصية بالهبة ووجه ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم والملك الثابت
للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لكونه الحق
بنافي المالكية فصح الالحاق قوله وحق الوارث متأخر جواب عما يقال الوارث خلف الموصي في ملكه فوجب ان يتوقف ملك الموصى له على تسليم
الوارث اليه وتقريره ان حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام
مقام المالك فيها فان قبضها الموهوب له بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب
في القبض والقياس الا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق بالا
تفاق والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا وهو وجه الاستحسان في الاول ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في
البيع من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة يتعلق بقوله
ان القبض لا بقوله القبول والمقصد منه اي مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك
يكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط
فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه فان قيل يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض فان التسليط
موجود ولم يجز له القبض اجاب بقوله بخلاف ما اذا نهاه يعني صريحا في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح وفيه بحثان الاول لو كان
القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني ان مقصود البايع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب
والقبول والمبيع حاضر لم يجعل ايجاب البايع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه جاز له ان يسترده ويحبسه
للثمن واجيب عن الاول بان الايجاب من البايع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على
ما وراءه وعن الثاني بانا لا نسلم ان مقصود البايع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت
الملك له ضمني لا معتبر به قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا
القول فيه قوله لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه وكلامه واف لافادة المطلوب سوى الفاظ نذكرها قوله اكل اولادك نحلت مثل هذا
روى النعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امي الا ان تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله فاخبره بذلك فقال الك ولد سواه فقال نعم فقال اكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا
جور وقوله صلى الله عليه وسلم ولورثته من بعده اي ولورثة المعمر له من بعد المعمر له يعني تثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه
من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله فان حرف اللام للتمليك وقوله لان الحمل
هو الاركاب حقيقة يعني انه تصرف في المنافع فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان اللفظ قد يذكر
للتمليك فان نوى يحتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت بنيته لا يقال هذا انما يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانها لتمليك العين يعني في العرف
واستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله هاهنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي وقوله
منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة وقوله ولو قال
داري لك هبة سكنى او سكنى هبة انما هو بنصب هبة في الموضعين اما على الحال او التمييز لما في قوله داري لك من الابهام وقوله لان
العارية محكم في تمليك المنافع كان الواجب ان يقول لان سكنى محكم في تمليك المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز ان يقال سكنى لا يحتمل
العارية فعبر عنه بالعارية ولو قال هي لك هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود انه ملكه
الدار ليسكنها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يتغير حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تاكله وهذا الثوب لك تلبسه فان
شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير والفرق بينهما ان قوله سكنى اسم يجوز ان يقع تفسيرا
لاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المخاطب قال ولا تجوز
الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة الموهوب اما ان يحتمل القسمة او لا ومعنى ذلك ان كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصانا
في ماليته لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا
تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب التمر على النخيل دون النخيل او الزرع في الارض دونها فان
الموهوب ليس بمحوز اي مقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا اجاز وقبض التمر الموهوب على النخيل وكان ذلك التمر مشتركا بينه
وبين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما تقسم تقع جائزة
ولكنها غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم افرزه وسلمه صحت ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة

المشاع

المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولم يوقف اثباتها الملك على الافراز والتسليم والعقد الموقوف ثبوت حكمه لا يوصف
بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم
فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكر وقال الشافعي
هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظاهر وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره
كالبيع بانواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالاجماع فاذا باع وخلى
بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البايع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان
البايع والدخول في ملك المشتري مبني على القبض وكذا يصلح المشاع ان يكون راس مال السلم وبدل الصرف والقبض
شرط فيهما وهذا اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اي حكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل
لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله
ولا مانع ثمه فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشيوع مبطلا اجاب
بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه
قرضا عليه ويعمل عليه في النصف الآخر بشركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على ان الشيوع لا يبطل
التبرع حتى لا يكون ولنا ان القبض في الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة
والمنصوص عليه يشترط كماله لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء لوجوده وقبض المشاع ناقص لانه لا يقبله الا بضم غيره
اليه اي بضم غير الموهوب الى الموهوب والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه
وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم المنافية للاعتناء بشانه ولان في تجويزه الزام الواهب
ما لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل ضرر مرضي لان اقدامه على هبة المشاع يدل على
التزامه ضرر القسمة والصائر من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون رضا
بملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ولهذا اي ولان تجويز هذا العقد الزام ما لم يلتزم امتنع جوازه قبل القبض
لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف ما لم يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة
ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل لزمه المهايأة وفي ايجابها الزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة كذلك
اجاب بقوله والمهايأة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين ولقائل ان يقول الزام ما لم يلتزم الواهب
بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك
ويدفع التحكم بان في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غيره
ذلك لان المهايأة لا تحتاج الى ذلك ليها ولا يلزم ما اذا اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب
له وفي ذلك الزام زيادة عين على ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا العقد التبرع قوله والوصية جواب عن قوله والوصية وتقريره
ان الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح واما البيع
الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فلا يصح نقضا اجيب بان كلامنا فيما يكون
القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه على ملكه فليس فيما كنا فيه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم
مؤنة القسمة فان قيل اذا كانت من الشريك لم يلزم القسمة وما جازت فالجواب ما ذكرنا والقرض تبرع من وجه بدليل
انه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه فان المستقرض مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه
ليس منصوصا عليه فراعى الكمال ولو وهب من شريكه لم يجز وان لم يلزم فيه مؤنة القسمة لان الحكم يدار على نفس الشيوع
فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال فكانه اشارة الى الوجه الاول وعلى ذلك قيل الوجه الثاني غير
متمش في جميع الصور فلا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص
ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة اي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة
وقوله لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر من الوجهين وكانت معلومة من ذلك لكن اعادها تمهيدا لقوله فان قسمها وسلم جاز
لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع وبه يتبين ان المانع من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل
ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جملة جازت قال ولو وهب دقيقا في حنطة بين كلامه هنا على
ان المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد الا بتجديد بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد الافراز لا يحتاج الى
التجديد وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية دون المعدوم وهذا مما يرشدك ان المصنف مراده بقوله لا تجوز هبة
المشاع وقوله فالهبة فاسدة وقوله لامتناع الجواز للاتصال هو عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول
من ذهب الى عدم الجواز للاتصال هو عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز للانعقاد
هو عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير جائز لاحتاج الى تجديد العقد

عند الاقرار في المشاع كما في المعدوم وانما جعل المعدوم وان جعل الدهن في السمسم والدقيق في الحنطة معدوما لانه ليس بموجود
بالفعل وانما يحدث بالعصر والطحن ولا معتبر بكونه موجودا بالقوة لان عامة الممكنات كذلك فلا يسمى موجودا واذا
كانت العين في يد الموهوب له لا يحتاج الى قبض جديد لامتناع القبض فاذا وجد القبض امانة جاز ان ينوب عن قبض الهبة
بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة والاصل في ذلك ان تجانس القبضين يجوز
نيابة احدهما عن الاخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشي وديعة في يد شخص او عارية
فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا او بيع فاسد
فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لم يكن الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان
قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض ان ينتهي الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن
فيه من قبضها واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الاشهاد بشرط
الا ان فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته او جحوده بعد ادراك الولد لانه اي لان الموهوب في قبض الاب فينوب عن
قبض الهبة ويد مودعه كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا فاسدا لانه في يد غيره يعني في الاولين او
في ملك غيره يعني في الاخير والصدقة في هذا كالهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي
له وقيد بقوله وهو في عيالها لتكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الاب وعدم الوصي لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض
وكذا كل من يعوله كالاخ والعم والاجنبي جاز له قبض الهبة لاجل اليتيم قيل اطلق جواز قبضها وكذا ذكر في الايضاح وحقق
الاسبيجابي الكرخي ان ولاية القبض لهولاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد ابو الاب بعد الاب فاما مع
وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهولاء ولاية التصرف
في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله
لثبوت نوع ولاية له الا ترى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب النفع
واري انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له
امه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد
الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب وان وهب للصغير اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك الامر الدائر بين
النفع والضرر فالنفع المحض اولى بذلك قال ——— واذا وهب لليتيم هبة واذا وهب لليتيم هبة اي مال فالقبض الى من
له التصرف في ماله وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهولاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم في حجر امه اي
في كنفه وتربيتها فقبضها له جائز لما تقدم ان لها الولاية وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له يدا معتبرة الا ترى ان اجنبيا اخر لا
يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه لكن بشرط ان لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل
جاز لانه نافع في حقه وهو من اهله اي من اهل مباشرة ما يتمحض نفعا له فان قيل عقل الصبي اما ان يكون معتبرا او لا فان كان الثاني
وجب ان لا يصح قبضه وان كان الاول وجب ان لا يجوز اعتبار الخلف مع الموجود اهلية فانا نجوز ان عقله فيما نحن فيه من تحصيل
ما هو نفع محض معتبر لتوفر المنفعة عليه وفي اعتبار الخلف توفيره ايضا لانه ينفتح به باب اخر لتحصيلها فكان جائزا نظرا له ولهذا لم
يعتبر في المتردد بين النفع والضرر سد الباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الامور فلا
بد من خيره برأي الولي واذا وهبت للصغيرة هبة ولها زوج فاما ان زفت اليه او لا فان كان الاول جاز قبض زوجها لها لان
الاب قد فوض امورها اليه حيث زوجها اليه وهي صغيرة واقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن
لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها واطلق المصنف عن كونها تجامع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال
اذا كانت ممن لا تجامع لا يصح قبض الزوج عليها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه لا يملكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز
عن ما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يصح اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غيرها فانهم لا يملكونها الا بعد موت الاب
او غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هولاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع
حضرة الاب كما ذكرنا قال صاحب النهاية وانا قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب
او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها وان كان الثاني فلا معتبر للزوج لها لان ذلك
حكم انه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف قال ——— واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز واذا
وهب اثنان من واحد دارا جاز لانتفاء الشيوع لان الشيوع اما ان يكون بالتسليم او القبض وهما سلماها جملة وهو قد قبضها
جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا يجوز عند ابي حنيفة وقال لا يجوز لان هذه هبة الجملة منهما لاتحاد التمليك ولا شيوع في هبة الجملة
كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تاثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون
الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى ولابي حنيفة ان الهبة اولى النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم
فقبل احدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التمليك ولان الملك يثبت

هذه م

لكل

لكل واحد منهما وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس نبو الشيوع يجواز الهبة الا كذلك
واذا كان الهبة تثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك بالكمال كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا الاستدلال
من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشيوع انما يوثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في احدهما فلا يوثر
لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شايعا ووجه ذلك انه يقال انا سلمنا ان الشيوع انما يوثر اذا وجد
في الطرفين وهو موجود في الطرفين واما ان المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس الحكم المانع منحصرا
فيه بل الحكم يدور على نفي الشيوع لامتناع القبض به قوله بخلاف الرهن جواب عما استشهد به ووجهه ان حكم الرهن الحبس
ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير
بيانا لما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل وبينها وذلك لان رواية الجامع الصغير تدل على الشيوع في الصدقة
لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الاصل تدل على انه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما
عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه
الفرق على رواية الجامع الصغير ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على
الخلوص فلا شيوع فيها واما الهبة فيراد بها وجه الغني والفرض انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتاويل ما ذكر في الاصل
الصدقة على غنيين فيكون مجازا عن الهبة ومجوز المجاز ما ذكره في الكتاب ان لكل واحد منهما بغير بدل قال ——— ولو وهب
لرجلين دارا اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء او بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل
بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيها ولهذا ثلثها او بالتساوي كقوله وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لكنه
لم يذكره في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة مطلقا اعني سواء كان متفاضلا او متساويا بناء على اصله وجاز عند
محمد رحمه الله مطلقا بناء على اصله وفرق ابو يوسف رحمه الله بين المساواة والمفاضلة ففي المفاضلة لم يجز وفي المساواة جوز
في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن ابي يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه كلام المصنف وصاحب
النهاية حمل قوله ولو قال لاحدهما نصفها وللاخر نصفها عند ابي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا ونقل عن عامة
النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما انه لم يجز بلا خلاف وليس بظاهر لان المصنف عطف على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه
ليس ابتدائيا والفرق لابي يوسف ما ذكره في الكتاب ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض
فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفضيل بالتفضيل وعلى صورة التساوي على رواية عدم الجواز ولهذا رواية الجواز
فلكونه غير بعيد له عن اصله وهو اصل محمد فليست بمحتاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر ما قيل ان في قوله ان بالتنصيص
على الابعاض يظهر قصده ثبوت الملك في البعض نوع اخلال حيث لا يعلم به ذكر موضع خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلاف من الابعاض
فانه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز وانما لا يجوز عنده
التبعيض على الابعاض بالتنصيف اذا لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على ما عدل فيه عن اصله والمذكور في الكتاب يدل
عليه واما صورة الجواز فليست بمحتاجة الى الدليل لجريانها على اصله ووضح دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع
في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض فلا انه يستوي فيه المساواة
والمفاضلة بناء على اصل يصح ان يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة ايضا وهو ان التفصيل اذا لم يكن مقتضى الاجمال كان لغوا
كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال يملك كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا
واذا خالفه كما في التثليث كان معتبرا او يفيد تفريق العقد فكانه اوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملا لكلام العاقل على الافادة
وكما في الرهن فان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل
لا يثبت

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم
فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيانه واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع
فيها والمراد بالاجنبي هنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان
محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتنكير في قوله وهب واجنبي الزوجان ولا بد من قيد بين اخذ بين احدهما وسلمها
اليه والثاني لم يقترن من موانع الرجوع في حال عقد الهبة ولعله تركه اعتمادا على انه يعلم ذلك في اثناء كلامه وقال الشافعي
رحمه الله لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما وهب لولده رواه ابن عمر وابن عباس
ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده قوله بخلاف هبة الوالد لولده جواب عما يقال فهذه العلة موجودة
في هبة الوالد للولد وتقريره انا لا نسلم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزاله قوله على اصله اي على اصل الشافعي فان من
اصله ان للاب حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه او كسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان العوض يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك
لا يصح لان قوله احق يدل على ان لغيره فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم فلا يكون حجة ولانه لو كان كذلك لما كان لقوله ما لم يثبت

باب الرجوع في الهبة

منها على الفايدة اذ هو احق قبله وان شرط العوض ولان المقصود في الهبة هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان
يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى القريب ليعوضه واذا تمكن الخلل فيما هو المقصود من العقد
يتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فيثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما
روي ثم استبد اذا الرجوع يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضا او رضى الا الوالد فان له
ذلك اذا احتاج اليه لحاجة وسمي ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في اعتبار الحكم وقوله في المختصر الكتاب اي
القدوري فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العايد في هبته كالعايد في قيه وهذا
لاستقباحه لا للتحريم بدليل قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الاخر العايد في هبته كالكلب يقي ثم يعود حيث شبه بفعل الكلب
في قيه وفعله كالكلب لا يوصف بالحرمة ثم للرجوع موانع ذكر بعضها يعني القدوري وقد جمعها قول القايل موانع الرجوع
في فصل الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت الواهب او الموهوب له والعين العوض والخا
الخروج عن ملك الواهب والزاي الزوجية والقاف القرابة والها الموهوب وذكر المصنف فقال الا ان يعوضه
عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة ولا بد من قيد اخر وهو ان يقال توجب زيادة في قيمة الموهوب اما اشتراط
الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع واما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة لا تمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان
للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت
العقد واما اشتراط كونها موثرة في زيادة القيمة فانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كان نقصانا في المعنى
كالاصبع الزايدة مثلا وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في ان الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع
في الهبة والمتصلة بالعكس واجيب بان الرد في المنفصلة اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى
الاول لان الزيادة اما ان تكون مقصودة بالرد او التبعية لان العقد لا يتبع لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك والاول لايصح صح
الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثاني لانه يبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربوا بخلاف الرجوع
في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانا لم تفض الى الربوا واما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه
فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا يكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضى ذلك ولا باختياره
فكانت مانعة واذا مات احد المتعاقدين بطل الرجوع ايضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك عن الورثة وخرج عن
ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حياته وان مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه وكذلك اذا خرجت الهبة
من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين لم يكن له الرجوع
فكذا في تبدل السبب قال فان وهب لاخر ارضا بيضا فاحدث نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والاري
هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقها وعند العرب الاري الاخية وهي عروة حبل تشد اليها الدابة في محبسها
فاعول من تارى بالمكان اذا اقام فيه وقيد بقوله فكان ذلك زيادة فيه والواو للحال لان ما لا يكون كذلك او كان ولكن
لعظم المكان يعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله واذا قال الموهوب له للواهب بيان للالفاظ
التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع ولما اذا وهب من الواهب شيئا
ولم يعلم الواهب انه عوض هبته فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته وليس من شرط العوض ان يساوي الموهوب
بل القليل والكثير الجنس وخلافه سوا لانها ليست ببدل وهذه محضة فلا يتحقق فيها الربوا ولا ان يختص المعوض له على الموهوب له
بل لو عوضه عنه اجنبي متبرعا صح واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع
والصلح لكنه تشترط فيه شرائط الهبة من القبض وعدم الاقرار لانه تبرع ويشترط ان لا يكون العوض بعض الموهوب مثل ان
يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها او الموهوب الفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم بتعين ان
قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافا لزفر فانه قال التحق ذلك بسائر امواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع
فكذا هذا والجواب ان الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر امواله فلم يلتحق به فان قيل هل في قوله متبرعا فايده او ذكره
اتفاقا اجيب بانه من اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المامور بذلك
من الموهوب له اولى لئن يبطل لان الموهوب له يودي الى المعوض ما امره به ظاهرا فصار كتعويضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان
حق الرجوع فكذا اذا عوض بامر غيره ان المعوض عنه لا يرجع عليه بعوض سوا كان بامره او بغيره ما لم يضمن الموهوب له صريحا اما اذا
كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامره فلان التعويض لما كان مستحقا على الموهوب له كان امره بذلك امرا بالتبرع بماله
على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان
استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع عند علمانا الثلاثة وقال زفر يرجع بنصف العوض قياسا لاحد
العوضين على الاخر لان كل واحد منهما مقابل بالاخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق بعض احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع
على صاحبه بما يقابله ولنا ان الباقي يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتدا وما يصلح ان يكون عوضا عنه في البقا لان البقا اسهل من
الابتدا

الابتدا ولان ما يصلح ان يكون عوضا عن الكل في الابتدا يصلح ان يكون عوضا عنه في البقا عن الاستحقاق اذ به ظهر انه لا عوض من
الابتدا الا هو وعورض بان الفرض انه عوض واجزا العوض تنقسم على اجزا المعوض فاذا كان الكل في الابتدا عوضا عن الكل كان النصف
في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتدا واجيب بان ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في
شي من الهبة مع سلامة جز من المعوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانه تم مبادلة فيتوزع البدل على المبدل
والجواب عن قياس زفر ان المعوض يملك الواهب العوض في المقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام واما الواهب فيملك
الهبة ابتدا من غير ان يقابله شي ثم اخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على اجزا الحكم قوله الا انه اي الا ان الواهب هب
يتخير بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين ان يمسكه ولم يرجع بشي لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض
ولم يسلم فله ان يرد ما بقي من العوض وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف
غاية ما في الباب انه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم ان العوض لاسقاط
الحق فوجب ان يعمل في الكل لئلا يلزم تجزي الاسقاط كما في الطلاق اجيب بانه ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم ان فيه معنى المقابلة
فيجوز التجزي باعتباره بخلاف الطلاق قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما ولا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضى
او القضا لانه مختلف فيه بين العلما قيل لانه له الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه
في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة ليتقوى بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض
وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حمله على اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ان ثبت قوله وفي اصله وهاء اي في اصل الرجوع ضعف لانه ثبت
بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوها بالمد خطا
وانما هو الوهي وهو خطا لان مد المقصور الشاعي ليس بخطا وتخطية ما ليس بخطا خطا وقوله وفي حصول المقصود وعدمه خفا
لان مقصوده ربما كان الثواب فقد حصل ولذا كان العوض لم يحصل فلا بد من الفصل بالرضا او القضا حتى لو كان
الهبة عبدا فاعتقه قبل القضا نفذ ولو منعه فهلك قبله لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعده لان اول القبض غير مضمون
وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضا او بالرضى كان فسخا من الاصل وخالف زفر في الرجوع ٤
بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتداة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضا كان فسخا واذا كان
بالرضا فهو كالبيع المبتدا والجواب ان التراضي على سبب موجب للملك او على سبب لازم يجعل العقد ابتدا بيانا وههنا تراضيا
على رفع سبب غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدا بل يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشايع كما اذا وهب
الدار ثم رجع في نصفها ولو كان الرجوع بغير القضا هبة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتدا قضية دليلا على بقا العقد في النصف
الاخر والشيوع طارئ لا اثر له فيه قوله لان العقد هو الدليل على المطلوب وتقريره ان هذا العقد جايز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق
الرجوع وما هو جايز الفسخ يقتضي جواز استيفا حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضا لانهما يفعلان بالتراضي ما يفعل
القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق يشمل التراضي والقضا وقوله بخلاف الرد جواب عن قياس زفر وتقريره ان الرد بالعيب
بعد القبض انما كان في صورة القضا خاصة لان الحق هناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة
حقه له لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم ينقض الفسخ فاذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من
رفعه كان ذلك كابتدا عقد منهما واما القاضي فانما يقضي اولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البايع قضى بالفسخ
فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضا فافترقا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سوا
كان بالقضا او بالرضا وفايدة هذا انه لو وهب لاخر فوهب الموهوب له لاخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول ان يرجع سوا
رجع الثاني بقضا او بغيره خلافا لزفر في غيره واذا رد المبيع بعيب على البايع قبل القبض فللبايع ان يرد على بايعه كذلك وبعد
القبض ان كان بقضا فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال واذا تلفت العين الموهوبة واذا اتلف الموهوب
واستحق فضمن الموهوب لم يرجع على الواهب بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضي السلامة وهو غير عامل له اي للواهب احترازا
عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع في ذلك العقد يحفظها لاجله فان قيل غره باخبار انه الملك له في المحل واخبره
بانه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبايع اذا غر المشتري اجاب بان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد
تقدم وذكر في الذخيرة ان لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فانه ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المص
فكان لا سبب الرجوع اما الغرور في ضمن المعاوضة او بالضمان نصا واذا وهب بشرط العوض مثل ان يقول وهبتك هذا العبد
على ان تهب لي هذا العبد لا ان يقول بالبا فانه يكون بيعا ابتدا او انتها بالاجماع اما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتدا
فيعتبر التقابض في العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار
في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الروية ويستحق الشفعة فيه لانه بيع انتها وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتدا وانتها
لان فيه معنى البيع انتها وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو نظامه ولنا انه
اشتمل على جهتين جهة الهبة وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين لنظامه

ولو يوجه اولى من اهمال احدهما اما انه يشتمل على الجنسين فظاهر واما امكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الحكم الملك
الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض اذا ذا
انتفى المنافاة امكن الجمع لا محالة فعملنا بهما واعتبرنا ابتداءه بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاءه بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك
بعوض كالهبة في المرض فانها تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم بالشيوع
فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ
وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون
مالكا لنفسه

فصل

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة
قال ومن وهب جارية الا حملها اعلم ان استثناء الحمل على ثلاثة اقسام قسم منها ما يجوز فيه اصل العقد ويبطل الاستثناء
وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول ما نحن فيه في الهبة وفي النكاح والخلع والصلح عن دم
العمد فانه اذا وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل
في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لا فلم يصح فكذا اذا استثنى على ما مر
في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل
كان الاستثناء خلافا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء وطولب بالفرق
بين الحمل والصوف على الظهر واللبن في الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهر وامره بجزه واللبن في الضرع وحلبه
وقبضه الموهوب له فانه جائز استحسانا دون الحمل واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف
الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف
والحلب في اللبن قوله وهذا اي صحة اصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا
تبطل بالشروط الفاسدة وقوله بخلاف البيع والاجارة والرهن اشارة الى القسم الثاني لانها تبطل بها اي بالشروط الفاسدة
ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسيذكر فيها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك
الواهب لخروجه عنه بالاعتاق فلم تكن هبة مشاع فتكون جائزة واشبه الاستثناء لامكان تجويز الهبة ولو دبر ما في بطنها
ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء التجويز لان الجواز في الاستثناء كان بابطاله وجعل الحمل موهوبا
وهنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة المشاع وهي لا تجوز فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا تحتمل القسمة وهي جائزة
واجيب بان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان
في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف رحمه الله لما استشعر هذا السؤال اردفه بقوله او هبة شيء مشغول بملك الواهب كما اذا وهب
الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع لحقيقة فان قيل هل يصح ان يجعل مسئلة التدبير مشابها بالاستثناء ومسئلة
العتاق غير مشابه به قلت نعم اذا اريد بالاستثناء استثناء المتكلم بالياء بعد الصاد فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشيوع ومسئلة
التدبير كذلك كما مر فكانت مشابهة به والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمصنف اراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسئلة
الاعتاق تشابهه في مسئلة الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد جوازه
او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل ولا يتوهم التكرار في قوله على
ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشروط لانها فاسدة
لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا اشترط عليه الرد او الاعتاق او غير ذلك تقيد بها والهبة لا تبطل
بالشروط الفاسدة واصل ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر رجوعها اليه بعد موت
المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولان
الشرط الفاسد في معنى الربوا والمعاوضات والهبة ليست منها قال ومن له على اخر الف درهم ومن له على اخر الف
درهم فقال اذا جاء غد فهي لك وانت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الاخر فهو باطل
لان الابراء تمليك من وجه لارتداده بالرد اسقاط من وجه لانه لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف الابراء
على القبول فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق
فلا يتعداها الى ما فيه تمليك فان قيل قولهم هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول منقوض ببدل الصرف والسلم فان رب الدين اذا
ابرأ المديون منه او وهبه له توقف على قبوله اجيب بان توقفه على ذلك لا من حيث الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد
بفوات القبض المستحق بعقد الصرف واحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول قوله قلنا انه يرتد بالرد يفيد بطلانه
ان لم يعمل الرد في المجلس وغيره سواء وهو المروي عن السلف وقال بعضهم يجب ان يرده في مجلس الابراء والهبة وقوله بالاسقاطات
المحضة التي يحلف بها اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها اي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على الوكيل اذا اذن وعزل
الوكيل والابراء عن الدين منها ومنها ما يحلف بها كالطلاق والعتاق وغيرهما والعمرى وهو ان يجعل داره لشخص عمره فاذا مات يرد عليه جائزة
للمعمر له

له في حال حياته ولورثته بعده لما روينا انه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى والشرط وهو قوله اذا مات يرد علي باطل لما روينا انه صلى
الله عليه وسلم ابطل شرط المعمر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون هو قوله داري لك
هبة والرقبى وهو ان يقول الرجل لغيره داري لك رقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يفيد ملك الرقبة وانما يكون تاما
عارية عنده يجوز للمعير ان يرجع فيه ويبيعه في اي وقت شاء لانه يتضمن اطلاق الانتفاع وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله جائزة لان قوله
داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر لانه ان كان الرقبى ماخوذا من المراقبة وان كان ماخوذا من الرقاب فكانه قال رقبة
داري لك فصار كالعمرى ولهما ما روى الشعبي عن شريح انه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما
ان يقول ان مت قبلك فهي لك واشتقت من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلا وقوله ولان معنى الرقبى
عندهما ان يقول ان مت قبلك فهي لك يشير الى ان ابا يوسف قال بجوازها لا لهذا التفسير بل بتفسير اخر وهو انه جعلها من الرقبة كما ذكرنا
وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد واندراج الشيء في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن
فان قيل فما جوابهما عن حديث جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الرقبى والعمرى اجيب بانه محمول على انه صلى الله عليه وسلم
سئل عن الرقبى بتفسير ابي يوسف واضح صحيح فاجاب بجوازه

فصل في الصدقة

لما كانت الصدقة تشارك الهبة
في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في الهبة ووصل له فصلا قال الصدقة كالهبة الصدقة لا تتم الا بالقبض لانها تبرع كالهبة
فلا تجوز في ما يحتمل القسمة مشاعا لما بينا في الهبة ان الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل
فصار كهبة عوض عنها وفيه تامل فان حصول الثواب في الاخرة بفضل من الله ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال المراد حصول
الوعد والثواب فاذا تصدق على غني يبطل الرجوع استحسانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض منه حصول العوض ووجه الاستحسان
ان التصدق على الغني قد يراد به الثواب واذا وهب لفقير فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض اصحابنا
الى ان الهبة والصدقة على الغني في جواز الصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع كما انهما سواء في حق الفقير في عدمه ولكن العامة قالوا
في ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغني لانا في القربة قوله ومن نذر ان يتصدق بماله الخ ذكرنا هذه المسئلة
مع وجوهها في مسائل القضاء فلا نحتاج الى الاعادة ههنا

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام تمليك
تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاول على الثاني لان الاعيان مقدمة
على المنافع وسنذكر معنى الاجارة لغة وشرعا وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد لان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان
كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما وشرعها
لدفع الحاجة بتقليل من البدل فان كل احد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل تحمل اثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بشق الانفس
وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدر بتعاطيها واما شرطها فمعلومية البدلين واما ركنها فالايجاب والقبول بلفظين ماضيين من لعقده
الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة واما حكمها ودليل شرعيتها فسنذكرها ان شاء الله تعالى قال الاجارة عقد على المنافع بعوض لعقده
بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرع اولى بالتقديم ولما كانت عبارة
عن تمليك المنافع وهي غير موجودة في الحال لم يقتض القياس جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكانما
استحسانا بالاثر ومن الاثار الدالة على صحتها ما ذكره في الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه
فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد وقوله صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وفيه زيادة بيان ان معلومية
الاجرة شرط جوازها وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لانها هي المعقود عليه فالملك في البدلين ايضا
يقع ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضي التساوي على حسب
حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستاجر في الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد فيها
واذا استاجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول
الزاما للعقد في المقدار المعين ثم يظهر عمل العقد واثره في حق المنفعة يعني يتراخى حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة ملكا
واستحقاقا يعني يثبتان معا حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين فان الملك في المبيع يثبت في الحال ويتاخر الاستحقاق الى
نقد الثمن وجاز ان ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار ولا يصح الاجارة حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما رويناه
من قوله صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره فانه كما يدل على معلوميته بعبارته على كون معلومية الاجرة شرطا يدل بدلالته
على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالثمن في البيع
فاذا كان معلومية البيع شرطا كان معلومية الاصل اولى بذلك ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن
في البيع وهو واضح وما صلح ان يكون ثمنا في البيع صلح ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وليس كل ما لا يصلح ثمنا
لا يصلح اجرة لان بعض ما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة كالاعيان التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة
صلح ان يكون اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب معين واذا كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين
من الجانبين فلو لم يصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من دأب المناظرين

تبها على التابيد اذ
يدي الي مزعوق
يتمكن العاقد من ال
روي عن است
ذلك اذا احتا
الغدوري فله ا
لاستقباحه لا لم
في قيد وفعله كا
في فصل الهبه
الخروج عن ملكه
عنه لحصول الم
الزيادة فلان
للواهب الرجو
العقد واما
كالاصبغ الزاي
في البيع والمتق
الاول اما الزي
الثاني لان الوا
في الهبة فان ال
فكان فيه است
فكانت مانعه و
ملكه فصار كما
من ملك الموهو
فكذا في تبدل
هو المعلق
فاعول من نا
لعظم المكان
التي تشتمل
ولم يعلم الو
بل العليل
بل لو عوضه
والصلح لكذ
يكون الموهو
قصد الواه
فكذا لهذا
اتفاق اجر

والاول لا يصح صح

من الموهوب له اولي لئلا يبطل لان الموهوب له يودي الي المعوض ...
حق الرجوع فكذا اذا اعوض بامره غيران المعوض عنه لا يرجع عليه بعوض سوا كان بامره او بغيره ما لم يضمن الموهوب له صريحا اما اذا
كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامره فلان التعويض لما كان مستحق على الموهوب له كان امره بذلك امرا بالتبرع بال
علي غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن وان استحق نصف الهبه رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان
استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع عند علمائنا الثلاثة وقال زفر يرجع بنصف العوض قياسا لاحد
العوضين علي الاخر لان كل واحد منهما مقابل بالاخر كما في بيع العوض بالعرض فانه اذا استحق بعض احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع
علي صاحبه بما يقابله ولنا ان الباقي يصلح ان يكون عن الكل من الابتدا وما يصلح ان يكون عوضا عنه في البقا لان البقا اسهل من
الابتدا

... ... الرجوع ...
علي ان تهب لي هذا العبد لان يقول ... فانه يكون تبعا ابتدا او انتها بالاجماع اما اذا كان بلفظ علي فانه يكون هبة ابتدا
فيعتبر التقابض في العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار
في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرويه ويستحق الشفعه فيه لانه بيع انتها وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتدا وانتها
لان فيه معني البيع انتها وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو لنا انه
اشتمل علي جهتين جهة الهبة وجهة البيع معني وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل علي جهتين امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين

لفظا

ثم اذا كان الاصل صحيحا كان جاز ان يكون بتأل اجر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر سكنى دار
بركوب دابة ولا يصلح ثمنا اصلا فقوله فهذا اللفظ يريد به قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع لا ينفي صلاحية غيره كما ذكرنا لانه عوض
مالي فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع اموال فجاز ان يقع اجرة ولقايل ان يقول الثمن عوض مالي ايضا ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن
مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمكيلات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة قال
والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة قد تقدم ان المنفعة لابد وان تكون معلومة في الاجارة فلابد من بيان ما يكون به معلومة
فتارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة مدة معلومة كاينة ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة
كان مقدار المنفعة فيها معلوما فيصح اذا كانت غير متفاوتة بان كمية ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يعين
افضى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة
التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع واما اذا كانت
بحيث لا يعيش اليها احد المتعاقدين فمنعه بعضهم لان الظاهر في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظاهر مثل المتيقن في حق الاحكام فصار
الاجارة موبدة معنى والتابيد يبطلها وجوزه اخرون منهم الخصاف رحمه الله لان العبرة في هذا الباب لصيغة كلام العاقدين
وانه يقتضي التوقيت ولا معتبر بموت العاقدين او احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الا ان
غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امراة الى ماية سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التابيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة
غالبا وجعل ذلك نكاحا موقتا اعتبارا للصيغة قوله الا ان في الاوقاف يجوز ان يكون استثناء من قوله اي مدة كانت وانما لا يجوز
في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار كيلا يدعي المستاجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف
ان لا يوجر اكثر من سنة واما اذا اشترط فليس للمتولي ان يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى
الحاكم حتى يحكم بجوازها وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كما اذا استاجر رجلا على صبغ ثوبه وبين الثوب وجنس
الخياطة او استاجر دابة للحمل او الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كما ذكر في
الكتاب

باب الاجر متى يستحق

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد
بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة بيان وقت التمليك وما يتعلق به من المسايل قال الاجرة لا تجب بالعقد قال
صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداوها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم
نفي التمليك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب ان يقال معناه لا يملك لان محمدا رحمه الله
ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك واذا لم تملك لا يجب ايفاوها فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم
وارادة الاخص ليس بمجاز شايع لعدم دلالة الاعم عليه اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان يكون الاجرة مما يثبت
في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا قوله وقال الشافعي
يملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد
ولهذا صحت الاجارة باجرة معلومة موجلة ولو لم يجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت
الحكم بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها
فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضروري اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند
العقد ولنا ان العقد ينعقد شيا فشيا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد اي عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ومن قضية
عقد المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة
ثبت الملك في الاجر لذلك وكذا اذا شرط التعجيل او عجل بلا شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واعترض بان شرط التعجيل
فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث
كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه
لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيح بالاتفاق ولولا الملك
لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ممنوعة وجوزه محمد رحمه الله لان العقد سبب في
جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد
في حقه وصح الابراء بعد وجود السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت
يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل او اشتراطه فكذا الرهن به والجواب عن قوله ولو لم يجعل موجودة
كان دينا بدين وهو حرام ان ذلك ليس بحرام بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على انه اقيمت العين مقام المنفعة
فلم يكن دينا بدين وهذا طريق سايغ شايع كونه اقامة السبب مقام المسبب واما جعل المعدوم موجودا فلم يعهد لذلك قوله
واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكن لان التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء فعلى هذا كان الواجب ان يقال باحد معان
اربعة وان يقول او باستيفاء المعقود عليه او بالتمكن لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه احيانا وبدل احد الاقسام ثلثة
يكون

فبين بذلك انه فاذا قبض المستاجر باجارة صحيحة ما استاجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم
يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الاجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه
غير متصور فكان تسليم العين قايما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه او من العين او
من اجنبي سلطان او غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود
فانا بزوال شي منها زوال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين او سلمها مشغولة بمتاعه او سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل ان يستاجر
دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها او سلمها فارغة فيها لكن استاجر دابة في غير بغداد الى
الكوفة فسلمها الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكن المسير فيها الى الكوفة او سلمها فارغة فيها في مكانه لكن بها
عرج فاحش يمنع الركوب او سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان او غصبه غاصب او لم يكن شي من
ذلك اصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فقبض الاجر في جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن
من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف كما ترى عار عن ذكر هذه القيود فما وجهه قلت وجه الاقتصار
الاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على ان يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الا
قدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود
عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك
اعتمادا عليها ووجود المانع في بعض المدة والمكان فسقط الاجر بقدره لوجود الانفساخ في ذلك القدر قال
ومن استاجر دارا ذكر هذا البيان وقت استحقاق مطالبة الاجر وهي لا تخلو اما ان يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد
اولا فان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان او اقل او اكثر لانه بمنزلة التاجيل اذ الاستحقاق ق
يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة والتاجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثاني
فللموجر ان يطالبه باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك اجارة الاراضي وان استاجر بعيرا الى مكة فللجمال
ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود كسكنى يوم وهذا قول ابي حنيفة اخرا وكان يقول اولا لا يجب الاجر
الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في مدة لا يكون مسلمة في بعضها
لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيا كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه
لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيا من الاجرة قبل الفراغ كما سياتي
فان قيل قال المصنف فلا يتوزع الاجر على اجزايها يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء العوض ينقسم على اجزاء
العوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لان في المنافع قد استوفى
المستاجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العوض لانه لم يتسلم من الخياطة شيا فالجواب ان اجزاء العوض ينقسم على
اجزاء المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياطة
وجد تقديرا لان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على ان المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع ٤
عنه فانه لو كان صحيحا البتة لم يكن للرجوع عنه وجه ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر
ساعة فساعة تحقيقا للمساواة بين البدلين الا ان المطالبة في كل ساعة يفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به
بل المطالبة ح يفضي الى عدمها فان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع بامر من جهة الموجر فيمتنع الانتفاع من جهته فيمتنع
المطالبة وما افضى وجوده الى عدمه فهو منتف فقدرنا بما ذكرنا من اليوم في الدار والمرحلة في البعير وليس للقصار
والخياط ان يطالب باجره حتى يفرغ من العمل كله لان العمل في البعض غير منتفع به وغير المنتفع به لا يستوجب به الاجر
وهذا اشارة الى انه لو كان ثوبين ففرغ احدهما جاز ان يطلب اجرته لانه منتفع به وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا
يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا انه غير منتفع به الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط لازم قال في النهاية هذا
وقع مخالفا لعامة روايات الكتاب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر
الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي والفوايد الظهيرية وقال كل ذلك نقلا يدل على ان من استاجر خياطا يخيط له في بيت
المستاجر فله الاجر بقدر ما خاط ونقل عن الذخيرة يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كان لها حصة
معلومة من الاجر كما في الحال ثم قال ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب
التجريد ابا الفضل الكرماني في هذا الحكم واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة
انما هو اذا كان له حصة معلومة واري ان ذلك انما يكون اذا عين لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا او للبدن او للذيل
حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيينها وح يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة فقد فرغ
من عمله فيستوجب اجره كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف رحمه الله والله اعلم بالصواب قال ومن استاجر
خبازا ليخبز له ذكر هذا البيان حكمين احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط

اتفاقا والثاني ان فراغ العمل بما ذا يكون فان استاجر خبازا ليخبز له قفيز دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور
لان استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم فان
قيل خبزه في بيته ينبغي ان يجب لعقده ومن عمل لواحد فهو اجير واحد واستحقاقه الاجر لا يتوقف على العمل لفراغه من العمل
اجيب بان اجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استاجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستاجر على العمل فكان اجيرا
مشتركا يتوقف استحقاقه على فراغ العمل فان اخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الاجر لان عمله تم بالاخراج
والتسليم وجد بالوضع في بيته ولا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده ولا ضمان على الامين وعندهما يضمن
لان العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب ولا يبرا الا بحقيقة التسليم والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب
الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب
والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماد لا قيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاخراج
اختيار القدوري واما عند غيره فهو مجرى على عمومه بانه لا ضمان بالاتفاق واما عنده فلانه لم يهلك من عمله واما على قولهما
فلانه هلك بعد التسليم وهذا انما يتم ان كان الوضع في بيته تسليما ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما فعليه تغريفه الى القصاع
لانه من تمام عمله عرفا وان استاجره في طبخ قدر خاصة فليس عليه العرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر
عند ابي حنيفة رحمه الله باقامتها فان افسده المطر قبل ذلك او كره فلا اجر له لانه لا يصير مسلما ما لم يصر لبنا وما دام على الارض
لم يصر لبنا وقالا لا يستحقه حتى يشرجه اي ينضده بضم بعضه الى بعض لان التشريج من تمام عمله عرفا وباقي كلامه ظاهر قال
وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار كل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان
المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهذا لان المعقود عليه جاز حبسه في استيفاء البدل كما في المبيع فالوصف القائم في
الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقدير يكون حبس العين فرضا
فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاع فلا ضمان عليه فالجواب ما اشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يلزم
الا على المتعدي وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان لكنه لا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد
العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله
الاجر وسنذكره في ضمان الاجير وكل صانع ليس لعمله اثر في العين كالحمال بالحاء والجيم فليس له ان يحبسه لان المعقود عليه نفس العمل
وهو غير قائم في العين بل انما هو قائم بالعامل او يعين له والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن ثمه
من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالما واما اذا كان فهو مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ اختاره المصنف رحمه الله
وذكر في المبسوط وجامع قاضي خان ان احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل اثره في العين قيل وهو الاصح لان
البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله قوله وهذا بخلاف الآبق جواب عما يقال الآبق اذا رده كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله
اثر في العين قائم ووجهه ان الآبق كان على شرف الهلاك وقد احيا برده فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي
ذكرنا يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله اثر هو مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر قيل وهو مذهب الشافعي
رحمهما الله ليس له حق الحبس في الوجهين يعني الذي لعمله اثر وفيما لم يكن لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه ولم
الى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت الصاحب والجواب ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل وذلك جهة غير
التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم فلا يسقط حق الحبس ونظيره ذلك الوكيل اذا نقد الثمن بغير رضا
البائع فان للبائع ان يحبس وان سلم المشتري لكونه بغير رضاه قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه واذا
شرط على الصانع ان يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير هو مثل ان يقول ان تعمل بنفسك او بيدك مثلا واليه اشار
المصنف بقوله ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل
بعينه كما استاجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للموجر ان يسلم غيرها وفيه تامل لانه ان خالفه الى خير بان استعمل من هو اصنع منه
في ذلك الفن او اسلم دابة اقوى من ذلك كان ينبغي ان يجوز وان اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق العمل ويمكن
ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين فصل لما ذكر تمام استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم
استحقاق هذا الاجر وبعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان بعارض ومن استاجر
رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي فاما ان يكونوا جماعة معلومي العدد اولا
فان كان الثاني استحق جميع الاجرة وان كان الاول فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره
وهو اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني واختاره المصنف رحمهما الله واليه اشار بقوله ومراده يعني القدوري اذا
كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجده ميتا فاما ان يرد الكتاب
اولا فان كان الثاني استحق اجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول فلا اجر له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله له اجر الذهاب وهذا بناء على ان المعقود عليه قطع المسافة او نقل الكتاب وقع عند محمد
انه

انه قطع المسافة لان المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد اوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الاجر المقابل له ووقع عندهما
انه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة الى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استاجره
ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به فوجده ميتا فرده فلا اجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو
حمل الطعام وليس بناقض على محمد لان المعقود عليه في مسئلة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها

باب ما يجوز في الاجارة وما يكون خلافا فيها

لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها
ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا للموجر ذكره
وما لا يعد خلافا قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى قيل صورة المسئلة ان يقول استاجرت
هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف الى السكنى وان لم يبين لان العمل
المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمي وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدار ونحوها الانتفاع وهو متنوع فوجب
ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ووجه الاستحسان ان المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه وقوله وانه لا يتفاوت جواب
عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت
لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح وله ان يعمل كل شيء من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب
للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى للاطلاق اي لاطلاق العقد فانه ليس بمقيد بشيء دون شيء الا انه لا يسكن حدادا ولا
قصارا ولا طحانا بالرحا او الدابة دون اليد لان فيه توهين البنا وفي الجملة كل ما لم يتضرر به البنا جاز ان يعمله فيه ويتقيد به
وقوله لا يسكن يجوز ان يكون بفتح الياء وقوله حدادا الخ تكونا نصبا على الحال وينتفع به الاسكان دلالة ويجوز ان يكون بضم
الياء والمفعول به وينتفع به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبنا ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها
منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان يذكر انه يستاجرها للزراعة لانها تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا
للجهالة المفضية الى النزاع ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع
الا بهما فكانا داخلين في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع
ويجوز ان يستاجر الساحة وهي الارض الخالية من البنا والشجر ليبني فيها او يغرس لان ذلك منفعة معقودة بالاراضي
فيصح العقد فاذا انقضت المدة لزم المستاجر قلعهما وتسليمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار لصاحب
الارض هذا من جانب المستاجر واما من جانب الموجر فان الارض اما ان تنقص بالقلع اولا فان كان الاول فان شاء
يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه رضي به المستاجر اولا وان شاء رضي بتركه على حاله فيكون البنا لهذا والارض لهذا لان
الحق له فله ان يتركه وان كان الثاني فله ان يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضى المستاجر وهذا بخلاف الزرع اذا
انقضت المدة وهو بقل حيث يترك باجر المثل الى ان يدرك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين وذلك لانا
لو قلعناه تضرر المستاجر ولو تركنا الارض بيده بلا اجر تضرر الموجر وفي تركه باجر رعاية الجانبين فيصار اليه واورد
مسئلة الجامع الصغير لبيان ان الرطبة كالشجر قال ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل اذا استاجر
دابة للركوب فاما ان يقول عند العقد استاجرت للركوب ولم يزد عليه او زاد فقال على ان يركب من شاء او على
ان يركب فلان فهي ثلثة اوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان ركب شخصا
ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كمن
اشترى شيئا بخمر او خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة
الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء لانه عقد ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفعت الجهالة من الابتداء
صح العقد ويجب المسمى ويتعين اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه الذي قلنا فان
اركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب اولا والمراد بقوله فان اطلق للركوب هو ان يقول
على ان يركب من شاء وان كان الثالث فليس ان يتعداه لانه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فان تعدى كان ضامنا
وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فانه اذا شرط سكنى
واحد بعينه جاز ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت اجاب بقوله والذي يضر بالبنا خارج واعتبر على ما
ذكرت لكنه يستغنى عما في النهاية من التطويل وقول المصنف رحمه الله ويجوز استيجار الدواب للركوب معناه للركوب معين
اما نصا حقيقة او تقديرا وان سمى نوعا ومقدارا مما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة بعينها فله ان
يحمل ما هو مثله في الضرر كحنطة اخرى غيرها او ما هو اقل ضررا كالشعير والسمسم فانهما اذا كانا خمسة اقفزة كانا اقل وزنا
فكانا اقل ضررا وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل
اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا مثل اذا كان من حيث الكيل وانما جاز له ذلك لانه دخل تحت
الاذن لعدم التفاوت يعني به اذا كان مثلا او لكونه خيرا يعني به اذا كان اقل ضررا وليس له ان يحمل ما هو اكثر ضررا من الحنطة

كالملح اذا كان مثلها كيلا لانه اثقل لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له ان يحمل عليها مثل
وزنه حديدا لانه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط عليه لانه وان ذكره مع كونه معلوما
مما سبق لان ذلك كان نظير الكيل وهذا نظير الموزون وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها
سواكان الرديف اثقل او اخف من الراكب لا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب
الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات والجناة
جمع جان كبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والاخر عشر جراحات قتل وان قيد بكونه رجلا لانه اذا اردف
صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل اكثر منه فعطبت
ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما اذا كان مثلها يطيق حمله واما ها
اذا كان حملا لا يطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة كما اذا كان الزيادة من خلاف جنس المسمى بان استاجر
ليحملها خمسة اقفزة من شعير فحملها مثل كيله حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه ماذون في مقدار
المسمى وغير ماذون في الزيادة فيوزع الضمان ونوقض بالاستاذ نور الطحين به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما
فهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس واجيب بان الطحن ان يكون شيا فشيا فاذا طحن العشرة انتهي الاذن فبعد
ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فاما الحمل فيكون جملة واحدة بعضه ماذون وبعض دون
بعض فتوزع الضمان على ذلك وبهذا ايد ما قيل على ما اذا استاجرها ليركبها فاردف رجلا فانه يجب ان يجب عليه كل القيمة
لانه اذا استاجرها ليركبها بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة فاذا اردف فقد اركب غيره وركب ايضا فكونه زيادة ضرر
عليها فان لم يوجب زيادة لم يوجب نقصانا لا محالة لان في الاركاب منفردا مخالفة من كل وجه وفي الارداف ماذون من وجه دون
وجه وهو يقع حمله كما مر قال وان كبح الدابة بلجامها ولن كبح الدابة يلجمها اي جذبها بنفسه لتقف ولا تجري او ضربها
فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وما
دخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام
في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وح يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره ولابي
حنيفة رحمه الله القول بالموجب اي سلمنا انه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما ينتفع به الماذون مقيد بشرط السلامة اذا امكن
تحقق المقصود بها وههنا ممكن اذ تحقق السوق بدونه فيصير كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة بكسر الحاء المهملة مدينة
كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على راس ميل من الكوفة فجاوز بها الى القادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا
ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية واختلف المشايخ في معنى هذا الموضع فمنهم من اول المسئلة بان المراد هو ان استاجرها
ذاهبا فقط لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستاجر بالعود من القادسية الى الحيرة مردودا الى يد المالك معنى فانه ما كان
مودعا معنى فهو نايب المالك والرد الى النايب رد الى المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع
اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من اجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع فان المودع مامور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر وكل من هو كذلك
يبقى مامورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لبقاء الامر لكونه مقصودا وح يكون الرد ردا الى نايب المالك والمستعير والمستاجر
ماموران بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم
يبق نايبا فلا يكون الرد ردا اليه ولا يبرا الا بالرد الى المالك او نايبه ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه
يبرا وان لم يوجد الرد على احد هذين والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراة البتة وليس كل ما يوجب البراة يجب ان يكون
الرد على احدهما لجواز ان يحصل البراة بسبب اخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه السبب ضمان يرتفع
اليه بالرد ضمانه من قبل فان قيل الرد الى المالك او نايبه ازالة للتعدي وهو يصلح مبريا عن الضمان والرد الى من لم يوجد منه
سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم لصلاحيته لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه الضمان
وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشي مضمونا بضمانين قيل الحاق العارية بالاجارة
بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستاجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك
كالمودع ومونة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الالحاق بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة
ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن
الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة قوله وهذا اي الاجراء على الاطلاق اصح ومن اكترى حمارا بسرج فاستعمله به موافقة
فان نزع فاما ان استعمل بسرج اخر او اكاف وكل منهما على قسمين اما ان يسرج بسرج يسرج بمثله الحمار او لا وكذلك الاكاف فان
اسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقييد بغيره اي من حيث المنع بغير ما فائدة في القول
بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها اذا كان غيره يماثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو اوجه وقوله
الا اذا كان زايدا عليه في الوزن استثناء من قوله فلا ضمان عليه لان الزايد لم يتناوله الاذن فكان ماذونا في المسمى غير ماذون
في

مطلب يحتاج حل الركب الى تامل

في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى ويوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة وان اسرج بما لا يسرج به
مثله مثل ان يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله
الحمار يضمن لما قلنا في السرج انه لم يتناوله الاذن وهذا اولى لانه من خلاف جنسه وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمار ضمن عند ابي حنيفة
رحمه الله ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر في
الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وان المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان ففي
رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا اصح وتكلموا في قول ابي يوسف
ومحمد يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين
والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين
والاكاف ستة امنا يضمن ثلثي قيمتها واليه اشار المصنف في الدليل قالا لانه يوكف بمثله الحمار كان هو والسرج سواء فكان المالك
راضيا به الا اذا كان زايدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالمقدار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي
حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط احدهما على الظهر اكثر من الاخر فصار كما لو سمى
حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة اكثر من الحنطة فكان مخالفا وقوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة
فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه ومن استاجر حمالا ليحمل
له طعاما في طريق كذا فسلك طريقا غيره فلا يخلو اما ان يكون ما سلكه مما يسلكه الناس اولا فان كان الاول فاما ان يكون بين الطريقين
تفاوت بان يكون احدهما اوعر او اخوف او نحو ذلك اولا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذ ذاك غير مفيد وان كان
الاول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد رحمه الله اطلق الرواية بانه لا ضمان عليه فيما اذا اخذ في الطريق الذي يسلكه الناس
ولم يقيد بهذا التفصيل اجاب بقوله الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان الثاني اعني ما لا
يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر
فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر فان المودع ان الوديعة في طريق البر دون البحر وان بلغ فله الاجر لحصول
المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة قال ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة ومن استاجر ارضا لزراعة كي فيما ٤٦
مثله في الضرر بالارض وما هو اقل منه يوجب الاجر لانه موافقة او مخالفة الى خير وزرع ما هو اضر بها كالرطاب فمن استاجرها
لزراعة الحنطة مخالفة الى الشر يصير به المستاجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان لان الاجر
يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا قوله ينتفع به
انتفاع القميص يريد به ستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا بخياطة القميص
دون القباء والباقي ظاهر

باب الاجارة الفاسدة

اخر الاجارة الفاسدة عن صحيحها لانها تحتاج الى معرفة لوقوعها في محلها قال الاجارة تفسدها الشروط وتفسد الاجارة بالشروط كما تفسد البيع بها لانها بمنزلته في كون
كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وان حملت اللام في قوله
في الاجارة الفاسدة للعهد كما رايت اسباق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت
لجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقل في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوي قاضيخان وقال زفر والشافعي
رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فان البيع اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على ان المنافع عنده
كالاعيان ولنا ان تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضروري يتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالضرورة الصحيحة
فيكتفي بها وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا ان الفاسدة تبع الصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة
عادة وهو قدر اجر المثل وهذا يقتضي لزوم الاجر بالغا ما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسدة سقطت الزيادة
وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على اجر المثل فاستقر الواجب
على ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى بخلاف البيع فان العين متقوم في نفسه وهو اي القيمة هو الموجب الاصلي وان ذكره لتذكير
الخبر فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا ان يسمي جملة الشهور مثل ان يقول
عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور
مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصور الترجيح بلا مرجح والواحد منها معلوم متيقن فصح العقد فيه واذا تم الشهر
كان لكل منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح او هل يلزم ان يكون النقض بحضرة الاخر او لا اختلف المشايخ فيه
فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول ابي حنيفة ومحمد ويصح على قول ابي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير
محضره بلا خلاف ووجه ذلك مذكور في الكتاب في المطولات فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضا ولم يكن
للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر وكذا كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد فيه لتراضيهما بالسكنى في اوله الا ان الذي ذكره
في الكتاب اي القدوري هو القياس واليه مال بعض المتاخرين وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى

ويوما في الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج و اختلفوا في كيفية الفسخ في راس الشهر الثاني بناء على راسه عبارة عن الساعة
التي يهل فيها الهلال فاذا اهل مضى راس الشهر و الفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقيل ذلك فسخ قبل مجي وقته وكلاهما
لا يجوز و ذكر والذلك طرقا ثلثة منها ان يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل
الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر و عقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه فان استاجر دارا اشهرا سنة بعشرة دراهم
صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سماه بان
يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا فان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء فاذا كان الشهر
منكورا او في مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الايمان كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا يتعين الشهر الذي يلي اليمين لان الظاهر من حال
العاقل انه يقصد صحة العقد وصحته لذلك بتعينه لعدم المزاحم بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي
يعقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السوا لان الليالي ليست بمحل له و صحة ان الشروع في الصوم لا يكون الا بنية
منه و ربما لا يقترن ذلك بالسبب ثم ان كان العقد حين يهل الهلال على ما هو المعمول في ذلك فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الشهور
الاصلية في الشهور العربية فما كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره و ان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية
عن ابي يوسف رحمهم الله ان الاول بالايام والباقي بالاهلة فيكون احد عشر شهرا بالهلال و شهر بالايام تكمل ما بقي من الشهر
الاول من الشهر الاخير لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها فلا يتعدى الى غيره ولابي حنيفة رحمه الله انه اذا تم
الاول وجب ضرورة تسميته شهرا و تمامه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتدا الثاني بالايام ضرورة وكذلك
الى اخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال صاحب النهاية هذه حوالة غير رابحة فانه لم يذكر هذا الاختلاف على ان
الاشهر كلها عند ابي حنيفة رحمه الله بالايام وعندهما الباقي بعد الاول والاخير بالاشهر لم يمر في الطلاق وما يتعلق به وهو
سهو منه لان المصنف رحمه الله قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة و ان كان في وسطه
فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة
الاجارات قال —— ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام استيجار الحمام والحجام و اخذ اجرتهما جائز اما الحمام فلجريان التوارث
بذلك والقياس عدم الجواز للجهالة وكنه ترك لاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
واما الحجام فلما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم وباجر معلوم
بلا مانع معلوم فهو جائز وانما ذكرهما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره
غلة الحمام اخذا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين حمام الرجال والنسا فكره اتخاذ الحمام للنسا
لانهن نهين عن البروز وان النسا امرن بالقرار وروي عن احمد بن حنبل انه لم يبح اجرة الحمام وكرهه عثمان بن عفان وابو
هريرة رضي الله عنهما و النخعي رحمهم الله روي ابو هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عسب
التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء انه لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنسا جميعا لان الحاجة و الحاجة في حق
النسا اظهر لان المراة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا يتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال
وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتاويل ما روي من الكراهة هو ان يدخل مكشوف العورة فاما بعد التستر
فلا باس بالدخول ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت والنهي في كسب الحجام فقد انتسخ بما ذكر في اخر حديث
ابي هريرة رضي الله عنه فاتاه رجل فقال ان لي ناضحا وحجاما افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم واتاه اخر فقال ان لي عيالا
وحجاما افاطعم عيالي من كسبه فقال نعم فرخصه بعد النهي وليل انتساخ الحرمة ولا يجوز اخذ اجرة عسب الفحل وهو اي ضرابه
وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث وفي بعض النسخ عسب التيس والحنابلة لجوازه وجها وهو انه انتفاع مباح ولهذا اجاز بطريق
الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستيجار الظئر للارضاع قلنا هو منهي عنه لقوله صلى الله عليه وسلم ان من
السحت عسب التيس رواه البخاري ومراده اخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه
على عمل معلوم غير متعين عليه اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة و الافتا والتعليم فانه لا يجوز استيجاره بالاجماع
وبعض مشايخنا يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم يعني في زماننا وجوزوا اذا ضرب
المدة وافتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستيجار وعند عدم ضرب المدة و افتوا بوجوب اجر المثل لانه ظهر التواني
في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وقالوا انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت
المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم من امر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال
عبد الله الخيزاخزي يجوز للامام في زماننا والمؤذن والمعلم اخذ الاجرة ذكره في الذخيرة ولا يجوز الاستيجار على سائر الملاهي
لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد فانها لو استحقت به كان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع
وهو باطل قال —— ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة ولا يجوز ان يوجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة
من غير الشريك عند ابي حنيفة رحمه الله سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه او مجهولا وقالا يجوز لان المشاع له منفعة
ولهذا

ولهذا يجب اجر المثل وما له منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضي موجودا والمانع وهو عدم القدرة
على التسليم منتف لانه ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه اجر ما لا
يقدر على تسليمه ويمكن توجيهه على وجهين احدهما ان يكون معارضة وتقريره اجر ما لا يقدر على تسليمه لا يصح اجارته لعدم الانتفاع
والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدا من غير تعرض لدليل الخصم والثاني ان يكون ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فانه
فانه اجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة وقوله والتخلية جواب عما قالا والتسليم ممكن وبالتخلية ووجهه ان
التخلية لم تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا وهو اي التمكين هو الفعل الذي يحصل به التمكن فكانها اعتبرت علة وسبيله
الى التمكن والتمكن في المشاع غير حاصل ففات المعلول واذا فات المعلول لا معتبر بالعلة بخلاف البيع فان المعقود به ليس الانتفاع
بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكين بالتخلية فيه حاصلا وقوله واما التهايؤ جواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من
احكام العقد بواسطة الملك فهو متاخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته
بالتهايؤ لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشي مما تاخر عنه ثبوتا وقوله بخلاف ما اذا اجر من شريكه جواب عن قولهما فصار كما اذا اجر من
شريكه ووجهه انه اذا اجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة و الرهن من الشريك
لكنه لم يجز واجيب بان المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيها لكن فيه ما يمنع شيوع منفي موصوف ويجوز ان يكون الشيوع
مانعا لحكم باعتبار دون اخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام يحصل في الشائع كما تقدم ان الشريك والاجنبي
فيه سوا واما ههنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة ولا يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وقوله والاختلاف
في النسبة لا يضره جواب عما يقال لا نسلم ان الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب
شريكه بالاستيجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك ان الاختلاف في السبب غير معتبر اذا اتحد المعقود على انا نمنع جوازه
على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية وقوله بخلاف الشيوع الطاري بان اجر رجل من رجلين ثم مات احدهما فانه
يبقى الاجارة في نصيب الحي شايعا في ظاهر الرواية لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء لان القدرة لوجوب التسليم
ووجوبه في الابتدا دون البقا فليس له تعلق ظاهر الا انه يحمل لتقييد اللهو اب عن قولهما او من رجلين لكنهما في قوله بخلاف ما اذا اجر
بنوه عن ذلك يعرف بالتامل وقوله بخلاف ما اذا اجر من رجلين جواب عن ذلك ووجهه ما قال ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع
تفرق الملك فيما بينهما طاري فان قيل لا نسلم انه طاري بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقا الاجارة له حكم الابتدا
من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقا فيه حكم الابتدا كما تقدم
في الوكالة على انه لو ثبت هذا ابتدا او بقا سقط الاعتراض و ان الخصم يقول لا بقا للعقد فيها و الصواب ان يقال الطاري انما هو على
التسليم لا على العقد وذلك مما لا شك فيه قال —— ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة استيجار الظئر باجرة معلومة
جائز لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقبله واقرهم عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي و القيام به واللبن تبع كالصبغ للثوب
وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح و المصنف وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الايمة السرخسي حيث قال
في المبسوط والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من الخدمة لقيام مصالحه تبع والمعقود عليه ما هو المقصود
وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا
يستحق الاجر وبنا هو المختار عنده بقوله والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا تنعقد على اتلاف الاعيان مقصودا
كمن استاجر بقرة ليشرب لبنها وعد بيان العذر عن الارضاع بلبن الشاة وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما اعرض عنه شمس
الايمة بعد رويته الدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود
هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بامور وسايطها اللبن فجعل العين المربية منفعة ونقض القاعدة
الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا سبب له بما روي ابن سماعة عن محمد انه
قال ان استحقاق لبن الادمية لعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولين كان فنحن ما منعنا ان يستحق بعقد الاجارة و انما الكلام في
استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شي من ذلك قوله واذا اثبت ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة
باحد الطريقين تعين صحة اخذ اكانت الاجرة معلومة اعتبارا باستيجار عبد للخدمة مثلا فان قيل قد علم من اول المسئلة جوازها حيث
صدر الحكم فاستدل لذلك فاي فايدة في هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب والسنة ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز ان يكون توطية
لقوله ويجوز بطعامها وكسوتها يعني جازت باجرة معلومة كساير الاجارات وبطعامها وكسوتها ايضا استحسانا عند ابي حنيفة رحمه الله
لان العادة الجارية بالتوسعة على الاظار شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ما قالاه من غيرها من الاجارات كالخبز والطبخ وغير
ذلك فان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخ وكسوته وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعله مجمعا عليه
بمعرفة الجنس والاجل والقدر وقوله فسر قوله فان سمي الطعام دراهم بان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها اي مكان المسمى
من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه سمي الدراهم المقدرة

يقع بدله طعاما ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولعله قدر في كلام المصنف لفظة بان يقال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا
ان اراد ذلك وهذا اي جعل الاجرة على هذا الوجه لا حيلة فيه وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تاجيله اي تاجيل
الطعام المسمى اجرة لان اوصافها اي اوصاف الطعام بدليل الحنطة اثمان اي اوصاف اثمان من وجوبه في الذمة اذا كان دينا
واللامي فلا يشترط تاجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه في السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تاجيله بالسنة ويشترط بيان
مكان الايفاء اذا كان له حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد مر في البيوع والباقي ظاهر قال ___ وللمستاجر
ان يمنع زوجها من وطيها وطي المراة حق الزوج فلا يتمكن المستاجر من ابطاله وبعد اذا كان له ان ينقض الاجارة اذا لم يعلم به او
بعقد الاجارة صيانة لحقه او لحظ الكتاب مطلق تبيينا ولما اذا كان الزوج ممن يشينه ظئورة زوجته اولا وهو الاصح لانها
ان كانت ترضعه في بيت ابويه فله ان يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله ان يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله
بعد الرضا بالعقد فان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد
الصبي فكان الخوف عذرا يفسد به الاجارة كما لو مرضت قوله وعليها ان يصلح طعام الصبي لان العمل يعني العمل الراجع الى منفعة
الصبي على الظئر والباقي ظاهر قوله وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان
هذا ايجار وليس بارضاع دليل على ما قدمنا فانه انما لم يجب الاجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن ولهذا لو اوجرت الصبي بلبن الظئر
في المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن وقوله انه اختلف العمل يدل على ان المعقود
عليه العمل وفي بعض النسخ وهو انه وفي بعضها لانه فان قيل الظئر اجير خاص او مشترك اجيب بانها اجير خاص على ما يدل عليه لفظ
المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او منها شي لم تضمن الظئر لانها بمنزلة الاجير
فان العقد اختص وورد على منافعها في المدة الا ترى انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص امين فيما في يده
وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الذخيرة على ما يدل على انها يجوز ان تكون خاصا ومشتركا فانها لو اجرت نفسها
لقوم اخرين لذلك ولم يعلم الاولون فارضعت كل واحد منهما وفرغت اثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل
على انها تحتملهما فانهما فعلنا بانها تستحق الاجر منهما كلا تشبيها بالاجير المشترك وتاثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص قال ___ ومن دفع
الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما له بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان اي جعل الاجر
بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها وهذا اصل
فادمه كبير يعرف به كثير من الاجارات فان قيل اذا كان في عرف ديارنا على ذلك فهل يجوز ان يترك به القياس قيل لا لانه في معناه من كل وجه فكان
ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ
عرفه بلخ في الثياب بان عرفهم به كذلك قلت الدلالة لا عرف لها حتى يخص ذلك كما في موضعه قوله والمعنى فيه يعني المعنى الفقهي في عدم جوازه ذلك
هو ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول لان حصوله بفعل الاجير والتحصل لا يعد قادرا بقدرة غيره ولهذا
ثبت فساد العقد كان للاجير اجر مثله لان صاحب الثوب استوفى منافعه بعقد فاسد فكان له اجر مثله وهذا اذا استاجره ليحمل
نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لا المسمى ولا اجر المثل لان المستاجر ملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل لان تسليم
الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة فصار طعاما مشتركا ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر
لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل فيه لنفسه فلا يتحقق التسليم المعقود عليه وقوله بالنصف الاخر يلوح الى مسئلة اخرى وهو ما اذا
قال احمل هذا الكر اي بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن يفسد الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ويجب اجر المثل لا يجاوز به قيمة
نصف الكر وقوله ولا يجاوز بالاجر قفيزا متصل بقوله وكذا اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه لانه لما فسدت الاجارة فالواجب
الاقل من المسمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد
فان اجر مثله نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب احدهما وجمع الاخر اما اذا احتطبا جميعا
وجمعا جميعا فهما شريكان على السواء قال ___ ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمي
لانه يختم اعلاه كيلا يزاد او ينقص واضافة العشرة المخاتيم من باب الحسن الوجوه على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على
الظرفية ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو جائز ذكره
في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمله
في الغد لان المقصود هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا
العقد به فكانه استاجره للعمل على ان يفرغ منه في اسرع الاوقات وحمل على هذا لما لابد منه رفعا لحاجة له لتصحيح العقد ولابي
حنيفة ان المعقود عليه مجهول للترديد بين امرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليه وذكر
العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما اولى من الاخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستاجر
في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فاذا مضى اليوم ولم يفرغ
من العمل جاز ان يطلب الاجير اجره نظرا الى الاول ويمنعه المستاجر نظرا الى الثاني فيفضي الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل
تحكم

لكون
تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون المنفعة مطلوبة وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم
فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان ابا حنيفة رحمه الله اجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما اذا
استاجر رجلا ليخبز له قفيزا دقيقا على ان يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيه جائزة بالاجماع والفرق بينها وبين الاول ان دليل المجاز وهو
نقصان الاجر للتاخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار
الى المجاز وكذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه بحيث جعله شرطا دل على ان مراده التعجيل يؤيده
ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المذكور في الكتاب انه اذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف
كما في الطلاق فكانه قال ان عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق
الوقت فتصلح ان تكون معقودا عليه ويلزم الجهالة قال ___ ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويسقيها فهذا ان الشرط الذي لا
يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيوع فان
استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا يتاتى الا بالسقي والكراب فكانا
من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد
لان المراد بالتثنية ان كان ردها مكروبة فلا شك في انه لا يقتضيه لان الزراعة لا تتوقف عليه وان كان المراد بها ان يكربها مرتين
فيجب ان يكون هذا في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لا تخرج الارض الا
بالكراب مرتين او كانت تخرج بالكراب مرة الا ان مدة الاجارة كانت ثلث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول من مقتضياته
والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة واما كري الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته في
العام القابل ونفاه المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل دون الاول
واذا استاجر ارضا ليزرعها بزراعة ارض اخرى لا يجوز اصلا وكذلك اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب
وقال الشافعي رحمه الله هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان ولهذا جازت الاجارة بدين اي باجرة هي دين على المؤجر ولو لم تكن المنافع
بمنزلة الاعيان لكان ذلك دينا بدين ولنا في ذلك طريقان احدهما ان الجنس بانفراده يحرم النساء وهو في معنى العوض في البيوع واليه هذا اللفظ يق
اشار محمد رحمه الله وهو ما روي ان ابن سماعة كتب الى محمد في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة محمد بن م
وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجبائي اسم محدث كان يتكلم على ابن
سماعة في هذه المسائل ويقول لا جواب لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط الاجل في العقد وتاخير المنفعة
فيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدث حالا فحالا واجيب عن الاول بانا اقدمنا على عقد تاخر المعقود عليه
وفيه يحدث شيئا فشيئا فكان ذلك ابلغ في وجوب التاخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في الباب شبهة
الحرمة فالالحاق به يكون شبهة الشبهة وليست بحرمة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق يثبت الشبهة لا شبهتها
وعن الثاني بان الذي يصحبه الباء قام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما يصحبه لعقد الا فيه وان وجود
احدهما حكما وعدم الاخر وتحقق النساء ويجوز ان يسلك طريق اخر وهو ان يقال المدعي ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه
اما ان يكون موجودا دون الاخر اولا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال القسمة
غير حاصرة لجواز ان يعتبرا موجودين لان بطلانه قد تقدم والثاني ان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة
عند اتحاد الجنس لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة بخلاف ما اذا اختلف الجنس لزم الكالي بالكالي اجيب بانه تحقق
في الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى المعقود عليه معنا ولقيام العين مقام المنفعة فيما لم يصحبه الباء ثم اذا
استوفى احدهما المنافع وجب عليه اجر المثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد فعليه اجر المثل وروى بشر
عن ابي يوسف انه لا شي عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت قال ___ واذا كان الطعام بين رجلين واذا
كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له يعني المسمى
ولا اجر المثل وقال الشافعي رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا عنده جائز وصار كما اذا
استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام او طحانا مشتركا او عبدا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجر
لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي فتصور في الشائع اذ الحمل يقع على معين والحمل ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل
البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستيجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود
عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر اصلا وفرق بين هذا وبين اجارة المشاع فانها فاسدة عنده وان استوفى في
المنفعة وجب عليه اجر المثل بان هناك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذي اوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب
الاجر واما هنا فالمعقود عليه متعذر اصلا فلا يجب قوله بخلاف البيع جواب عن قياس الشافعي على البيع ولان البيع تصرف حكمي اي شرعي
والتصرف في الشائع شائع شرعا كما اذا باع احد الشريكين نصيبه وقوله ولانه ما من جزء دليل اخر على المطلوب ووجهه ان حامل
الشائع ما يحمل من جزء الا وهو شريك فيه وكل من حمل شيئا هو شريك فيه كان عاملا فيه لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق اجرا على غيره
في

لعدم تحقق التسليم اليه ولقايل ان يقول لا يخلو اما ان عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريكه والثاني
حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة على ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه
اصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بنا على العرف المخالف للقياس للحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود
المستاجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله بخلاف الدار المشتركة جواب عن قياس الخصم على استيجار الدار
المشتركة ووجهه ان المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها تتحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا اسلم البيت ولم
يضع الطعام فيه اصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشايع لا يتحقق كما مر وقوله بخلاف
العبد جواب عن قياسه على استيجار العبد المشترك ووجهه ان المستاجر للعبد جواب عن قياسه على استيجار العبد المشترك ووجهه
ان المستاجر للعبد المشترك يملك نصيب صاحبه والاجر لملك المكان حكمي يمكن ايقاعه في الشايع كما في البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسي
فكان الضابط ان كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة
والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك ومن استاجر ارضا ولم يبين انه للزراعة او لغيرها او بين انها للزراعة ولم
يبين ما يزرع فيها فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستاجر للزراعة تستاجر لغيرها كالبناء والغرس وكذا
ما يزرع فيها مختلف فما يضر بالارض من غيره كالذرة والارز فان ضررهما اكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه
يفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب المسمى استحسانا والقياس الا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد فاسدا فلا
ينقلب جايزا ووجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحكم بوقوعها وقوع فيها من الزرع لان الاجارة
عقد ينعقد للاستقبال فاذا شاهد المزارع وعرف بعض المدة وعرف انه ضار او ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع
من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لان كل جز منه بمنزلة ابتدايه ولو ارتفعت من الابتدا
جاز فكذا هاهنا وصار كما اذا استاجر الى الدياس مثلا ثم اسقط الاجل قبل ان ياخذ الناس فيه وكما اذا باع بشرط الخيار
الى اربعة ايام ثم اسقط الرابع قبل مجيه وهذا ارد المختلف على المختلف فان زفر رحمه الله لم يقل بذلك ايضا لكن لما اثبت ذلك
بدليله فيما تقدم ذكره هاهنا بطريق المنادي لا يقال ذكر هذه المسلة تكرار لانه ذكر في اول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استيجار
الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة
فايدة وهي قوله وان زرعها ومضى الاجل وجب المسمى ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس
فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة فالعين المستاجرة امانة في يد المستاجر لان حكم الفاسد
ان يوخذ من الجايز اذ لا حكم للفاسد بنفسه لان مباشرته مامور بنقضه فلا بد وان يوخذ من الصحيح حكمه فان بلغ بغداد فعليه الاجر
المسمى استحسانا لما مر في المسلة الاولى وهي قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حمل عليه ما يحمله الناس
من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع فانقلب الى الجواز ووجب المسمى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي
المسلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة رفعا للفساد لانه قايم بعد

باب ضمان الاجير

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي الضمان قال ـــ الاجراء على ضربين اجير
وهو على نوعين اجير مشترك واجير خاص والسوال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من
لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فتكون معرفة المعرف
موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجر بالعمل
فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف وفيه قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا
انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح وهو لكن قوله لان المعقود عليه ياتي ذلك لان التعليل على
التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا
كان العمل كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى
بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى اخره ويويده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع امانة في يده ان هلك لم
يضمن شيا عند ابي حنيفة وهو قول زفر رحمه الله ويضمنه عندهما الا من شي غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي
رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ المستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به ولا حفظ اذا هلك المتاع بسبب اذا
كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجر فانها
ان تصور المسلة في حافظ الامتعة باجر فهلك الامتعة فانه يضمن وان كان الحفظ عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت
حتف انفه والحرق الغالب وغيره لكلانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين في يده امانة لان القبض حصل باذنه ولهذا
لو هلكت في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه كما في المغصوب فان قيل الاعتبار ليس بصحيح
لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما امكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك اجاب والحفظ مستحق عليه تبعا
لا مقصودا وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه اجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود اصلي بل لاقامة العمل فكان تبعا ولهذا

العين م

لا تقابله

لا تقابله الاجر واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا
حتى تقابله الاجر قال ـــ وما تلف من عمله كتخريق الثوب من دقه وما تلف بعمل الاجير المشترك كتخريق الثوب من دقه وزلق
الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها صاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله
لا ضمان عليه لانه امره بالعمل مطلقا اذا استاجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة والمطلق ينتظم العمل بنوعيه
السليم والمعيب عملا بالاطلاق وصار كالاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن اي الامر ما هو الداخل تحت العقد
لان الامر اما العقد او لازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو الذي العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل في العين
من فعله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك
كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المعقد ما مورا به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع
وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده والملتزم ان يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغيره من تبرع عليه ولو حكم
بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان اسلم وبخلاف الاجير الوحد على ما يذكره قوله وانقطاع الحبل جواب عما
عسى ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فانه من قلة الاهتمام فكان من صنعه الا انه لا يضمن
به الا بعد بني ادم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي وضمان الادمي
لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن استاجر من يحمل له دنا من الفرات
فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شا ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه
الاجر بحسابه وانما وضع المسلة في الفرات لان الدنان كانت تباع هناك اما الضمان فلما قلنا انه اجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه
كما في تخريق الثوب بالدق فان السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وقد تقدم ان ذلك من صنعه ولم يدخل تحت العقد واما الخيار فان القياس
يقتضي ان لا يخير عند ابي حنيفة بل يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر لان المال عنده امانة في يد الاجير المشترك واذا كان امانة وجب ان
لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شي واحد تبين انه وقع تعديا من الابتدا من هذا الوجه ومن حيث
ان ابتدا الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فيخير اي الجهتين شا فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما
استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا اجر له لانه ما استوفى اصلا واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد
فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ الى اخره وانما اعاد رواية الجامع بيانا لما ليس في رواية القدوري وكل منهما
يشتمل على نوع من البيان اما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد انه اذا تجاوز ضمن واما في الجامع الصغير
فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بامر المولى والهلاك ويفيد انها اذا لم تكن بامره ضمن ووجه ذلك ان الهلاك ليس بتعديه وانما هو بالسراية
بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير ممكن لانه اي السراية يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن
المجهول غير مقدور فلم يكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك معتاد
بالدق قبل ان يخرج العمل من ضمانه القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته يعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم
من رواية الكتابين ان الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه ولم يجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة
والموت اجيب بان ذلك يحسب قدر التي زحتي ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة ان برى ضمن كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل
نفسه فان قيل هذا امر لطيف لا يلاحق الدايات فانه كلما ازداد الجناية انتقص ضمانه اجيب بان محمدا قال في النوادر انه لما برى كان
عليه ضمان الحشفة وهو عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتعين بدله بدل النفس كما في قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف
النفس بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس
لذلك فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة اشد افضا الى التلف من قطع الجلدة لا
محالة فكان كقطع اليد مع جز الرقبة اجيب بان كل واحد يحتمل ان يقع اتلافا وان لا يقع والتفاوت غير مضبوط فكان هدرا
بخلاف فانه لا يحتمل الا ان يقع اتلافا والله اعلم قال ـــ والاجير الخاص والاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه
في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة يخص او لرعي غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بتامله
هاهنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر قوله ولهذا اي ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل
على تبا المعمول بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد رحمه الله في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبض
رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه اجبر بحكم العقد
الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما
ان فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم يكن بخلاف ما اذا افتقه اجنبي لان بفتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط
لم يعمل اصلا وان كان اجيرا خاصا فنقضه استحق الاجر ولا يضمن ما تلف في يده بان سرق منه او غصب او غاب ولا ما تلف من عمله
بان انكسر القدوم في عمله او تخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد اذا تعمد لكن ضمنه كالمودع اذا تعدى اما الاول وهو ما
اذا تلف في يده فلان العين امانة في يده لحصول القبض باذنه وهو ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك

موقع استحسانا عندهما صيانة لاموال الناس فانه يتقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر
في حفظها ولابي حنيفة ان ما يقدر على حفظه والاجير الوحد لا يتقبل العمل بل يسلم نفسه فيكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني
وهو ما اذا اتلف من عمله فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها فاذا امره بالتصرف
في ملكه صح ويصير المامور الاجير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه باب

الاجارة على احد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد
قبل الاثنين قال واذا قال للخياط اذا قال رجل للخياط ان خطته هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان
جاز بالاتفاق واي العملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذا اذا كان التردد بين الصنفين او الدارين او الدابتين اوما فيه وكذا اذا
كان بين ثلثة اشيا اما اذا كان بين اربعة اشيا فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لابد من اشتراط الخيار في البيع
وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق
الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال ابو حنيفة رحمه الله
الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر المثل وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان
جائزان فبأي خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي الى
الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله
خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم ~~بقوله خطه اليوم بدرهم~~ العقد بقوله خطه
غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لعقد اد الشرط اثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر
الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان
ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل
فصار كانه قال خطه بدرهم او بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا ولقائل ان يقول الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين
اللازم كما تقدم ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت لانه حقيقة فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم
فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعليق او للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق
لكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون مراده لكونه حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن للعقد ثابتا في الحال فلا يجتمع
في كل يوم تسميتان قوله ولان التعجيل والتاخير مقصود دليل اخر لهما وهذا ان المعقود عليه واحد وهو العمل ولكنه بصفتين
فيكون مراده التعجيل لبعض اغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التاجيل مقصودا فصار
باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية ولابي حنيفة رحمه الله ان ذكر الغد للتعليق حقيقة الا للاضافة
ويجوز ان يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى ان النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو حط النصف
الاف بالتاخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق اي لتعليق الحط بالتاخير وهو يقبل التاخير واذا كانت الحقيقة ممكن العمل
بها لا يجوز المصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا يجتمع تسميتان في اليوم ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التاقيت لان فيه فساد
العقد لاجتماع الوقت والعمل فاذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجيرا واحدا وهما
متنافيان للتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة
وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقيت الى المجاز الذي هو التعجيل تصحيحا فيجتمع
في الغد تسميتان دون اليوم فتصح الاولى ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل ولقائل ان يقول في حمل اليوم للتاجيل
صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي حمله للتوقيت صحة الثانية وفساد الاولى ولا رجحان لاحدهما على الاخر فكان
تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على قول ابي حنيفة
بمسئلة المتيمم فانه جعل فيها ذكر اليوم للتاقيت وافسد العقد وههنا للتعجيل وصححه واجيب بما ذكرنا ان ذكر اليوم للتاقيت
حقيقة لا يترك الا اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة هنا مفسد للعقد فمنع ذلك عن الحمل اليه وقام الدليل
على المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمة على المجاز فكان للتاقيت مرادا وفسد العقد
باما دليل المجاز قايم وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا انظر الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز في ظاهر الحال
في حيز النزاع فلا بد من دليل زايد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زايد على الجواز
بظاهر الحال وهما ذكرنا علم ان قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا اوجب اجر المثل فقد اختلفت
الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله اذا خاطه في اليوم الثاني روي عنه ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لانه
هو المسمى في اليوم الثاني قال في الهداية وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان
التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث
لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة الى ما بعد الغد اولى

واما

واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه قال ولو سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم ولو قال ان
سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم ولو استاجر بيتا فقال ان سكنت فيه فبدرهم وان اسكنت حدادا فبدرهمين ولو استاجر
دابة الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا
لهما وان استاجرها الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف والاتفاق وذلك لان هذه المسئلة
ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون هذا قول الكل ويحتمل ان يكون قول ابي حنيفة خاصة كما في نظايرها وجه قولهما ان المعقود
عليه احد الشيئين وكذلك الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة الخياطة
الرومية والفارسية فيها جهالة للمعقود عليه وكانت صحيحة اجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر انما يجب بالعمل وعنده
ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل فالاجر يجب بالتخلية في الدار والدكان والتسليم في العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف اي قوله يجب الاجر بالتخلية
والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما ولابي حنيفة انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين وهذا اي كونهما مختلفين لان سكناه
بنفسه تخالف اسكانه الحداد الا ترى انه اي اسكان الحداد لا يدخل في مطلق العقد فكذا في آخرها قوله والاجارة تعقد جواب عن قوله
يجب الاجر بالتخلية الى اخره وتقريره ان الاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة لما ترك الانتفاع مع التمكن منه فلا عبرة
به ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية بان لم ينتفع به حتى يعلم المنفعة يجب اقل الاجرين للتيقن به باب

اجارة العبد

اخر ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بانحطاط درجته ومن استخدم عبدا ليخدمه فليس له
ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة لا محالة فلا ينتظمها الاطلاق واعترض بان المستاجر يملك منافعه
كالمولى وللمولى ان يسافر بعبده فكذا اذا المستاجر واجيب بان المولى انما يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستاجر ليس كذلك ونوقض
بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فللمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر وانه لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب
الاجارة على الاجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في العقد كانت له من حيث انه تقرر حقه في الاجر فالمستاجر اذا سافر بالعبد يلزم الموجر كلم
يلتزمه من مؤنة الرد وربما يربو على الاجرة واما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعي بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد
وله ذلك كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى ضم الى علته وهو قوله والمستاجر لا يملك رقبته قيدا وهو ان يقول ويلزمه مؤنة الرد
ولعل الصواب ان يقال لا نسلم ان المستاجر يملك منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر
كذلك بل ملكها بالعقد ضرورة فتتقيد بمكان وزمان فيجوز ان تتقيد بما لم تتقيد به المولى والعرف توجيه او دفع ضرر مؤنة الرد على ما
ذكرنا يوجبه ولهذا كان السفر عذرا يعني اذا استاجر غلاما ليخدمه في المصر ثم اراد المستاجر السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن
من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر بحضر فكان عذرا يفسخ به الاجارة قوله فلا بد من اشتراطه متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق
ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين فاذا تعينت الخدمة في الحضر فلا يبقى غيره كما في الركوب
فانه اذا استاجر دابة ان يركب بنفسه فليس له ان يركب غيره لتفاوت الراكبين فكذلك ههنا ومن استاجر عبدا محجورا عليه
شهرا فعمل فاعطاه الاجر فليس للمستاجر ان يسترده منه الاجر استحسانا وفي القياس له ذلك لانه يقتضي ان لا يصح الاجارة لانعدام
اذن المولى وقيام الاجر فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا هلك العبد فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه
ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال
والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له ان يسترده منه قال ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه ومن غصب عبدا
فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله لم يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة
صحت على ما مر من وجه الاستحسان لان التصرف نافع والمحجور نافع ماذون له في المنافع ولابي حنيفة رحمه الله ان الضمان انما يجب باتلاف مال
محرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون
بيد المالك او بيد نايبه ويد الغاصب ليست بها ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل الغاصب اذا استهلك ولد المغصوب ضمنه
ولا احراز فيه اجيب بانه تابع للام لكونه جزا منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة وان وجد المولى الاجر
قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على
ما مر من قوله والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا كان ماذونا وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض وفائدته تظهر
في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا اجر العبد المغصوب نفسه فان اجره الغاصب
كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان اجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد ومن استاجر
عبدا في هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول باربعة لانه المذكور اولا والمذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد
تحريا بالجواز وذلك لانه لما قال شهرا باربعة على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز
كما لو قال اجرت منك هذا العبد شهرا او سكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد او نظرا الى تنجيز الحاجة فان الانسان انما يستاجر الشي لحاجة
يدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة قيل
مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد

لما كان في كلام الموجر من التمكين فكان الموجر قال اجرت عبدي هذا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة. قوله ومن استاجر عبدا شهرا ابدا رحمه الله
ظاهرا قوله فهو ح يحكم الحال فانه استشكل بان الحال يصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستاجر بالعبد وهو صحيح فالقول للموجر ويحكي
الحال فكأنه موجبه للاستحقاق وليس بناقض لان المصنف رحمه الله اشار بقوله وهو يصلح حجة من حيث الحال يصلح مرجحا حجة في نفسه وبيانه ان الموجب
للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه في المدة ولكن تعارض كلاماهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام الموجر لا موجبا
للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة للاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من ذكر احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون بعارض قال واذا
اختلف الخياط ورب الثوب اي اذا اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع من المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة او الحمرة والصفرة فالقول
قوله من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله لانه لو انكر اصل الاذن كان القول له فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف
لانه انكر ما لو اقر به لزمه وان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الاجارة
الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ليخيطه قميصا فخاطه قباء واعترض بان هناك اتفق المتعاقدان على ان المامور به والاجير خالف
وههنا قد اختلفا في ذلك فكيف يكون هذه مثل تلك واجيب بانه مثلها ابتداء الا انتهاء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعدما يحلف صاحب الثوب
ولما حلف كان القول قوله فلم يبق خلاف الا اعتبارا فكان مثله في الحكم في الانتهاء وذكر في بعض نسخ القدوري تضمينه اي يضمن صاحب
الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى اعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية وهو الاصح لان الصبغ اله للعمل المستحق على الصباغ
بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى يعتبر القيمة عند فوات السبب ووجه رواية محمد ان
الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر
فالقول لصاحب الثوب عند ابي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال
ابو يوسف ان كان الرجل حليفا له اي خليطا له وذلك بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق بينهما باجر تعين جهة الطلب
باجر جريا على معتاد هما وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك
مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بان الظاهر يصلح للدفع
والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع

باب فسخ الاجارة

تاخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ
يعقب العقد لا محالة قال ومن استاجر دارا انفسخ الاجارة بعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا
خلافا للشافعي فاذا استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ وكذا اذا استاجر عبدا للخدمة فذهبت كلتا عينيه واما اذا كان
عيبا لا يخص كحائط سقط لم يكن محتاجا اليه في السكنى او ذهبت احدى عيني العبد فلا يفسخ له قوله لان المعقود عليه دليل على ذلك ووجهه
ان المعقود عليه دليل المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك
يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا الا فرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستاجر او قبله لان الذي حدث بعد قبض المستاجر
كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان المشتري
اذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك ولذلك اذا ازال الموجر ما به العيب لا خيار للمستاجر لزوال سببه واذا اخربت الدار
او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة وهذا قول بعض اصحابنا وصح النقل عن هذا القايل بما ذكر في كتاب
البيوع ولو سقطت الدار كلها فله ان يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا او غايبا فيه اشارة الى ان عقد الاجارة ينفسخ بما هدم
الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك
بقوله لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا
من قال ان العقد لا ينفسخ وصح النقل بما روى هشام عن محمد فيمن استاجر فانهدم فبناه الموجر ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للموجر وهذا
تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه ينفسخ واستدل بذلك على ان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق العبد المبيع قوله
ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه او رده استشهادا به على انه لا ينفسخ
بانقطاع الماء واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة به او الاجرة المملوكة
لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة
والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة تنعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملكه المورث الى
الوارث واما اذا عقدها لغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لم ينفسخ العقد لا بعدم ما اشترنا اليه وهو صيرورة المنفعة لغير
العاقد مستحقة بالعقد لانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك وتوقف بما اذا استاجر دابة الى مكان معين
فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستاجر ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقد مات احد المتعاقدين وقد عقد
لنفسه ولم ينفسخ العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون
ثمة قاض يرفع الامر اليه ويستاجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد ثمة دابة اخرى يحمل عليها متاعه ينتقض الاجارة
وكذا لو مات في موضع فيه قاض ينتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجودهما يعني البقاء وهو معونة الموجر ولذا ابقيت
الضرورة

الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يرد نقضا على القياس كتطهير الحياض والاواني ونوقض بما اذا مات
الموكل فانه ينفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا قلنا ان كل ما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بان كل ما انفسخ يكون بموت العاقد
لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه بالموكل
ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو صيرورة المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة
بالعقد موجود فيه فانفسخ لاجله قال ويصح شرط الخيار في الاجارة اذا استاجر دارا سنة على انه او الموجر بالخيار فيها ثلثة ايام
فهو جايز عندنا وفي احد قولي الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للموجر فلا يمكنه
تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار وهذا بناء على اصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان القايمة وفوات بعض العين
في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع
دفع الحاجة فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروي ليلا يقع فيه الغبن وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب
كما تقدم فكذا بخيار الشرط قوله عقد معاملة احتاج اليه احترازا عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احترازا عن الصرف
فان الخيار فيهما لا يصح وقوله بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع
لان رد الكل في البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها لان التكليف انما يكون بحسب الوسع وكذا اي ولان رد الكل ممكن في
البيع دون الاجارة يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله قال في المبسوط اذا استاجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم او لم يطلب فليس للمستاجر
ان يمتنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للموجر ان يمنعه من ذلك وقال الشافعي للمستاجر ان يفسخ العقد فيما بقي بناء على العقد
الاصل الذي بينا ان المنافع عنده في حكم الاعيان القايمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض تخير فيما بقي لاتحاد الصفقة
وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة وعلى هذا لا يكون
قوله ولهذا يجبر المستاجر بيانا لفرع اختلف لا استشهادا حيث لم يكن الخصم قايلا به قال وينفسخ الاجارة بالاعذار عندنا
ينفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وعند الشافعي لا ينفسخ الا بالعيب بناء على ما مر من ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد
عليها فكانت كالمبيع والبيع لا ينفسخ بالعذر فكذا الاجارة ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة
كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به كالبيع اذ المعنى المجوز للفسخ يجمع الاجارة والبيع جميعا وهو اي المعنى الجامع عجز العاقد
عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زايد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا خلافا للشافعي رحمه الله محجوج بما اذا استاجر
رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع او استاجر انسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس او استاجر رجلا ليقطع يده للاكلة وقعت
بها ثم برات فانه لا يجبر المستاجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليها الزام ضرر زايد لم يستحق
بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحكم فقال ثم قوله اي قول القدوري في المختصر ينفسخ القاضي
اشارة الى الافتقار اليه في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان
الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى القاضي وذكر وجهه في الكتاب وذكر في وجه الاول انه فصل مجتهد فيه
فلا بد من الزام القاضي وفيه ما مر غير مرة وصحح شمس الايمة السرخسي رحمة الله عليه ما ذكر في الزيادات وصحح قاضي خان والمحبوبي
قول من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا فلا يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لكونه ظاهرا وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى
القضاء لظهور العذر اي لان يظهر العذر قوله ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر اي ظهر له فيه راي منعه عن ذلك
ظاهر حلا مواضع تبينها قوله ومن اجر عبده ثم باعه فليس بعذر هو لفظ اصل رواية الجامع الصغير لكن هل له ان يبيع بعدما اجر اختلفت
الفاظ الروايات وقال شمس الايمة الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر وليس للمستاجر ان يفسخ البيع والبيع
قال الصدر الشهيد وقوله اما الذي يحيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الافلاس قيل وفيه يتحقق الافلاس
بان يظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه او يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث ان الناس لا ياتمنون على امتعتهم
قوله ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر قيل فان قال الموجر لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الاجارة وامر المستاجر
على دعوى السفر فالقاضي يساله عمن يسافر معه فاذا قال فلان وفلان فالقاضي يسالهم ان فلانا هل يخرج معكم اولا فان قالوا
نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا وقيل اذا انكر
الموجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستاجر بالله انك عزمت على السفر واليه مال الكرخي والقدوري

مسايل منثورة

معنى المسايل المنثورة قد تقدم وحصد الزرع اي جزه والحصايد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد به ههنا ما
يبقى من اصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت الزرع هادية قال في النهاية لنون من هدن اي سكن
وفي نسخة هادية من هدا يهدو اي سكن وهذا الفصل الذي ذكره من الكادنة والمضطربة اختيار شمس الايمة السرخسي رحمه الله عليه قوله
واذا اقعد الخياط يعني اذا كان للخياط او الصايغ او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق
فاقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا

وفي القياس لا يجوز لان راس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح راس مال الشركة ولان المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان
فيكون العامل اجيره بالنصف وهو مجهول وان يتقبل العمل العامل كان مستاجرا لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول
والطحاوي رحمه الله مال الى وجه القياس وقال القياس عندي اولى من الاستحسان وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما
هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما سوى التقبل من الناس والاخر يتولى
العمل بحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازه للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
فان قيل شركة التقبل هي ان يشتركا على ان يتقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل هما اشتركا في ان يحصل من الاجر واجيب بان
الشركة في الخارج تقتضي اثبات الشركة في التقبل فيثبت بغيره اقتضاء اذ ليس في كلامهما الا تخصيص احدهما بالتقبل
والاخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فامكن اثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكانهما اشتركا
في التقبل صريحا ولو صرح بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الاخر جاز فكذا هذا هو المذكور في عامة الشروح وهو
مخالف لما ذكره المصنف فانه قال لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يتقبل وهذا بحذاقته
يعمل انسب بشركة التقبل والله اعلم واذا كان شركة لا اجارة لا تفسد بجهالة ما يحصل كما في الشركة وقوله ومن استاجر
جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود وقوله وان استاجر
بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل مرتبطا بما تقدم وهو ان الجمل الذي يحمله الجمال
عادة على العادة في الطريق وهو ما يليق عليك من كح وغيره قوله ورد الزاد معنى ذكره جواب
عما يقال مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم ياكلون من الزاد ولا يردون شيا مكانه ووجهه
ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض كرده والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالاطلاق وهو
انه اطلق العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ولم يقيد بالعدم رد ما نقص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقص
عملا بالاطلاق وعدم المانع والله الموفق

كتاب المكاتب

قال في النهاية اورد عقد المكاتبة
بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول
بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة
بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وذكر في
بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق
لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست
كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو انسب بالاجارة لانها نسبة الذاتيات اولى من العرضيات وقدم الاجارة لشبهها
بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان انسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه من كل
وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان التعليق
يتم بالمولى كذا في النهاية واما الاعتاق على مال فانه وان كان عقدا احتاج الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ
الكتابة او ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى لان المكاتب بالعجز يعود رقيقا دون المعتق على مال وسببها ما مر غير مرة
من تعلق البقاء المقدر وشرطها قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها في جانب العبد انفكاك الحجر واي ال
وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب احق بمكاسبه وثبوت الحرية اذا ادى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل
في الحال ان كانت حالة والملك في البدل اذا قبضه والفاظها الدالة على ذلك قول المولى لعبده كاتبتك على مائة دينار اذا قال قبلت
كان ذلك كتابة ولو قال له جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول نجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت
رقيق كان كتابة قال واذا كاتب المولى عبده او امته اذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة
على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما جوازه فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية
العقد لا يخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب او لغيره وما كان معقودا المصنف رحمه الله بيان حكم الامر خلاف المشروع
وهو ان الكتابة عقد واجب الفعل او مندوب او مباح يعرض لذلك بقوله والمشايخ هذا ليس امر ايجاب باجماع الفقهاء وانما ذكر
الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه المكاتبة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه لان الامر للوجوب وقال وانما
هو امر ندب هو الصحيح احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا
مذكور على وفاق العادة فان العادة جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال فمن الحمل على الاباحة الغاء الشرط بيانا
لكونه للندب وتقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزه عن ذلك وفي الحمل على
الندب اعمال لان الندبية معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم
فالافضل ان لا يكاتبه وان فعل صح فيجب حمله على الندب ولما اشترط القبول من العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق
الا باداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اي في وقت عتق المكاتب
اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق كما اخذ الصحيفة من
مولاه يعني بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا ادى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت
رضي

رضي الله عنه ما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا ادى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر وقال الشافعي رحمه الله
لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك ان اديته الي فانت حر لان الكتابة ضم نجم الى نجم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك الفا
على ان تؤديها الي في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا ان موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه هنا ضم حرية اليد الى حاصل
في الحال الى حرية الرقبة عند اداء البدل فيثبت وان لم يصرح به كما في البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح بكونه موجبه ولا يجب حط
شيء من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو مروي عن علي رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى واتوهم من مال
الله الذي اتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الاية على ذلك خفية جدا لانه قال من مال الله وهو مطلق على اموال
القرب كالصدقات والزكوات فكانه الله امرنا ان نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على اداء الكتابة والمامور به الايتاء
وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي اتانا الله هو المال الذي في ايدينا لا الوصف الذي بقي في ذمة المكاتبين فحمله
على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القران في النظم لا يوجب
القران في الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل الحكم نقول الامر المطلق عندنا قرينة عدم الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك
قال ويجوز ان يشترط المال حالا بدل الكتابة يجوز ان يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجما عندنا وقال الشافعي
رحمه الله لا بد من تنجيم لانه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان من خروجه من يد مولاه مفلسا ولم يكن قبل العقد اهلا للملك المال والعاجز
عن التسليم في قليل من الزمان من خروجه من يد مولاه مفلسا لا بد له من اجل يقدر به على تحصيل البدل فانه قبيل السلم اليه عاجز عن
التسليم لانه لو قدر عليه لما رضي باخس البدلين فلا بد له من اجل احاب بقوله بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك قبل العقد
لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولقائل ان يقول الا ثابت احتمال القدرة
في حق المكاتب اثبت لان المسلمين مامورون باعانته والطرق متسعة استدانته واستقراضه واستيهابه واستعانته بالزكوات
والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط
التنجيم ولانه عقد معاوضة وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لانه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع ما ليس عنده الا ان وجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود
به لانه لما اشبه الثمن في البيع والقدرة عليه ليس على الشرط فكذا على البدل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فاشبه
المبيع فلا بد من القدرة عليه فاشبه اصلنا وكذا ذكرناه في التقرير مستوفى ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد كرم
اذ العبد وما يملكه لمولاه فالظاهر من مولاه انه يمهله فان لم يمهله وطالبه بالاداء وامتنع عنه يرد بالتراضي رقيقا او بقضاء القاضي
بخلاف السلم لانه مبناه على المضايقة فافترقا وليس الامهال فيه ظاهرا فليس يجوز حالا وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع
والشراء تتحقق الركن منه وهو الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه ولا حجر بالنسبة الى النافع جايزه م
الشافعي رحمه الله فيه وهو اي هذا الخلاف مبني على مسالة الصبي في التجارة فانه لا يجوزه لانه ليس من اهل التصرف فلا يصح
الاذن له وعندنا هو من اهل التصرف اذ اعقل العقد ونقصان رايه ينجبر براي الولي والتصرف نافع فيصح الاذن بخلاف ما اذا
كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قوله ومن قال
لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول نجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها فان
المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا او كذا على ان تؤديها الي نجوما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة
فالمولى يستادي من عبده الضريبة ولا يتعين جهة الكتابة ما لم يعلقه اذا اديت فانت حر واما قوله فان عجزت فانت رقيق فاذا
اديت فانت حر واما قوله واما ان عجزت فانت رقيق ليس بلازم وانما ذكره لحث العبد على اداء المال عند النجوم والمكاتبة
بدونه صحيحة وان قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر اختلفت الرواية في رواية ابي سليمان هو مكاتبة لان
التنجيم يدل على الوجوب لانه يتحمل للتيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان العبد لا يستوجب على عبده
دينا الا بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رحمه الله قيل اي في رواية لا يكون مكاتبة قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو
قال ان اديت الي الفا فهذا المشهور فانت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل
في سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يخص ليكون تفسيرا فلا يكون كتابة قال واذا صحت
المكاتبة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه واذا صحت المكاتبة بخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضي خرج المكاتب
عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فليتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فينضم مالكية يده الحاصلة له الى مالكية
النفس نفسه التي تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف
يتحقق الضم اجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه
العقر فيتحقق الضم او ليتحقق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان كان اوعزه عنه
المولى عنه اولى لان مقصود المولى وهو اداء البدل قد لا يتحقق الا بالسفر واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولانه عقد معاوضة كما مر ومبناه على المساواة وينعدم ذلك اي المساواة باعتبار التساوي

الا بعد العتق ويتحقق اي تاخره لانه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية ماليكه وهو مالكية اليد فيثبت في ذمته حق من وجه وهو اصل البدل
وان كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة المنافي اذ المولى لا يستوجب على العبد دينا ولهذا لا يصح به الكفالة فلو ثبت العتق
ناجزا كما قال به ابن عباس رضي الله عنهما على ما مر فاتت المساواة لان حال المساواة ثابتة على ذلك التقدير ايضا لان نوع المالكية
ثابت له من كل وجه فاين المساواة لان نوع مالكيته ايضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا ثم ان حق المولى عتقه عتوق بعتقه لا بالكتابة
المتقدمة لانه مالك لرقبته فيجوز له اتلاف ملكه ويسقط عنه بدل الكتابة لحصول ما تقابله مجازا واذا وطئ المولى مكاتبته وجب عليه العقر
لاختصاصها باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه اي على الوصول الى البدل
من جانبه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان قال بالنص الشرعي بالاعيان قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم والزم العقر عند استحقاق
الى ربه وعند وطيها بشبهة ولو كان الوطء باخذ المنفعة للعقد بتقدير الاستيلاء وليس كذلك فانه يلزم بايلاج واحد وان جنى عليها
او على ولدها لزمه الجناية وقوله بناء اشارة الى قوله لانها صارت احق باجزائها

فصل في الكتابة الفاسدة

وجه تاخير الفاسد عن الصحيح لا يخفى على احد قال واذا كاتب المسلم عبده على خمر هنا تفسد عقد الكتابة عليها ذكر بعض الجهالة
وبعضها استشهادا فاذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة العبد نفسه او على دابة او ثوب او على ميتة او دم فالكتابة فاسدة
اما الخمر والخنزير فلانه ليس بمال متقوم في حقه لانه لا يستحقه فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد واما قيمة العبد فلانها مجهولة جهالة
فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب والدابة واما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل اولى على ما نذكره واذا
عرف ذلك فان ادى الخمر والخنزير عتق سواء قال له ان اديت الي فانت حر ولم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه
الله لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر
قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب وعن ابي يوسف انه يعتق باداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا قيل اي باداء
قيمة نفسه لانه البدل معنى قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى
هذا كان من حقه ان لا يخص ابا يوسف ولا يذكر بكلمة عن قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه ولما اذا كان بدلا
عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق
باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه انما يعتق حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما اذا كانت
الكتابة على ميتة او دم فانه لا يعتق بتسليم عينها الا اذا قال ان اديت الي فانت حر وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الخمر والميتة
ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء البدل المشروط بخلاف الميتة فانها ليست بمال اصلا
فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا اعتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته
لانه وجب رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع وجب القيمة بالغة ما
بلغت لا تنقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا اي وجوب القيمة بالغة
ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان تعدم الاطلاع
يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كان في العبد او في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه الام يرض
به يتبع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع
العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا
عند ابتداء العقد لا في بقايه وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء قيمته لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة لاستحقاق
المسلم تسليمه ولم يذكر ان القيمة بماذا تعرف قيل تعرف باحد امرين اما ان يتصادقا على ان ما ادى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمة بتصادقهما
لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصارا كالغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل
ذلك قيمة له وان اختلف لا يعتق ما لم يؤد اقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب
ان يفيد البطلان ولا يعتق باداء القيمة اجاب بقوله ولهذا القيمة واثر الجهالة في الفساد لا في البطلان كما في البيع فانه تنعقد لا تبطله فان
قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي ان يعتق باداء الثوب كما عتق باداء القيمة اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب
كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي ان يعتق باداء الثوب كما عتق باداء القيمة اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق
باداء الثوب وتقريره الثوب عوض والعوض يقتضي ان يكون مرادا او الاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون
ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن الاستدراك مراده بتقويم المقومين فان قلت فان ادى القيمة فيما اذا كاتبه
على ثوب يعتق اولا قلت ذكر في الذخيرة ان الاصل عند علمائنا الثلاثة ان المسمى متى كان مجهول القدر او الجنس فانه لا يعتق
العبد باداء القيمة ولا ينعقد هذه الكتابة اصلا لا على المسمى ولا على القيمة قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز اذا
كاتب عبده على شيء هو لغيره فاما ان يتعين بالتعيين كالعرض والعبد او لا كالنقود فان تعين فاما ان يجيزه او لا فان لم يجزه فاما ان يملكه
المكاتب بسبب وادائه الى المولى او لا فذلك اربعة اوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره
جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية وروي الحسن عن ابي
حنيفة انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز يرد في رقيقا لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه ما اذا تزوج امرأة
على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لرجعت به وذلك من كون
كل واحد منهما عوض ما ليس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان
العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان البدل في الكتابة حكم في البيع حتى كان ذلك منع جواز الكتابة لان الثمن معقود
به لا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود واما الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد
الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه قوله بخلاف الصداق في النكاح جواب عن قوله فاشبه الصداق
وذلك لان القدرة على ما هو المعقود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة
فعلى ما هو تابع وهو الصداق اولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل ومخلصه معلوم وان اجاز صاحب العين ذلك ففيه عن محمد
رحمه الله انه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة بان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة اولى لانه مبناها على المسامحة
وقيل لانها تنعقد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فيصير العين ملكا له وعن ابي حنيفة انه لا يجوز
اعتبارا اي لعدم الاجازة على ما قال في الكتاب اي في الجامع الصغير اشاره الى قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره والجامع
بين ما اجاز المالك وبين ما لم يجزه ان عقد الكتابة فيما نحن فيه لا يفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه اي ملك
المكاسب وفي بعض النسخ لانها اي المكاسب لانها لابد من تقدير مضاف يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا
كان البدل عينا معينة لغيره والمسألة فيه اي فرض المسألة في ذلك على ما بينا ان المراد شيء يتعين بالتعيين وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه اذا اجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجواب اي مع صحة التسمية
لكون المسمى مالا وان لم يجزه لكن ملك المكاتب المعين بسبب واداه ففي ابي حنيفة رواه ابو يوسف عنه وروي عن ابي يوسف
انه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد وهو ظاهر الرواية الا اذا قال له اذا اديت فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن
ابي يوسف انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط وان كاتبه على
عين معين في يد المكاتب سوى النقود ففيه روايتان في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية الاصل كتاب المكاتب لا يجوز وهي مسألة الكتابة
على الاعيان وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره وقد ذكر وجه الروايتين في كفاية المنتهى ولم يذكرهما هنا
لطولهما وذكر بعض الشراح على وجه الاختصار فقال وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز
وجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من اعيان ماله فانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه
لو كاتبه على دراهم او دنانير في يد العبد بان كان ماذونا في التجارة كانت جائزة الكتابة باتفاق الروايات لانها اذا لم تتعين
كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال واذا كاتبه على مائة دينار واذا كاتبه على
مائة دينار على ان يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه
الله هي جائزة وتقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون
مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى
من البدل هو الاصل في ابدال العقود وقالا بالموجب اي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد
عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف
واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع انه تركي او هندي ولا الوصف انه جيد او
ردي جازت وينصرف الى الوسط من ذلك الجنس وقدره ابو حنيفة رحمه الله في العبد فيما قيمته اربعون درهما وقالا
هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق فلا يشترط
ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة
ان ينصرف الى الوسط كما في الزكاة والدية والوسط فيه نظر للجانبين ويجبر على قبول القيمة لانه مضاف في معنى
الاداء على ما عرف في الاصول لانها اصل من حيث ان البدل يعرف بها وقد مر في النكاح فصار كانه اتى بعين المسمى
وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة لان مبناها على المساهلة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه
حتى لو قال كاتبتك الى الحصاد او الدياس او العطاء صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر رضي الله عنهما اجاز الكتابة على الوصفاء
وهي جمع وصيف وهو العبد للخدمة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانها معاوضة فاشبه البيع في ان تسمية البدل
شرط فيها كما هي شرط فيه والبيع مع البدل المجهول او الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا ان هذا قياس فاسد ولان قياس
الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث ابتدائها او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة
مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن
على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء وفي مبنى ان كلا منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله
بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار ولانه لم يبين جنسه مثل ان يقول دابة او ثوب لم تجز الكتابة لانها تشمل اجناسا

وكذلك الثوب متفاحش الجهالة واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب على عبد
لان المصنف رحمه الله ذكر في كتاب الوكالة ان العبد بينا ولو اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشري العبد والجواب ان اللفظ ان شمل
اجناسا عالية كالدابة مثلا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا
قلة كالعبد منعه فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح قال واذا كاتب النصراني
عبده واذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا واي اسلم فللمولى قيمة الخمر
لان المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم تمليك الخمر لان الفرض ان الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم
بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا
غصب المسلم من الذمي خمرا ثم اسلم الذمي فانه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن
تسليم البدل فتجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان
العجز وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا يصلح عوضا في البيع فتفسد ويصلح في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب
على وصيف اي عبد للخدمة وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البقاء اسهل من الابتداء وانما قيد بقوله على
ما قاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغي ان يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في البيع واذا
قبض المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذكر بالعتق
بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو ادى الخمر عتق لما بينا في اول هذا الفصل
انه اذا ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة يتضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع
العتق وذكر التمرتاشي انه ان ادى الخمر لا يعتق فكان في العتق باداء الخمر روايتان والفرق على احديهما بينها وبين المسلم اذا كاتب عبده
على خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق ان الاولى هذه المسألة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه انعقد صحيحا
على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور تجاوره صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا
فلا يعتق وفي مسألة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقي كذلك فلا حاجة الى اخراجها عن البدلية واذا ابقيت بدلا عتق

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

بادائها لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب
جوازم ان يفعله وما لا يجوز له فان التصرف يبتني على العقد الصحيح قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء قد تقدم هذه المسألة في كتاب
المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه اعادها لتمهيد قوله فان شرط عليه ان لا يخرج
من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك ثمة وجه الاستحسان ان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه
مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في
الارض والتقييد يكون منافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع
اجاب بقوله وصح العقد يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا كان في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما
اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة وجه
اي هذا التفصيل ان الكتابة تشبه البيع من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل واحتمالها الفسخ قبل الاداء وتشبه النكاح من حيث
انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عملا بشبه النكاح وببطلانه
العقد اذا تمكن في صلبه عملا بشبه البيع او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك لا الى احد والكتابة
كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شيء وانما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعتاق لدخوله في الكتابة
وهي اعتاق وهذا الشرط يختص به فهو داخل في الاعتاق والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال والتزوج
ليس وسيلة اليه الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود ومقصود المولى من البدل وذلك بقيام الملك ومقصود
المكاتب وهو تحصيل الكسب للاداء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت
فك الحجر لكن اذا اذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم ولا يهب ولا يتصدق المكاتب الا بالشيء اليسير وكلامه فيه ظاهر والمراد
عند العامة هو الغني من التجار وكانه اراد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحرف الى المجهز
كذا في المغرب ولا يتكفل لما ذكر ولا يملكه بنوعيه يعني في الحال سواء كانت بامر المكفول عنه او بغير امره لان الثاني تبرع محض فكان
كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى ادى صار مقرضا ما ادى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانه قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة
في حقه فكانت كفالة تكفل له العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا يعسر ذلك ولا ينافيه اجيب
بانه يضره فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذي يحصل به المال وقوله وان تزوج امته جاز ظاهر وقوله
ثم ما هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بيده به ملك اليد وهو بملكه ومن ملك شيئا جاز ان يملكه غيره كالمعير بعد بخلاف الاعتاق على
مال فانه لا يملكه فهو موجب للثاني فوق ما وجب للاول فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على اداء المال وهذا
غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لا يملكه وهو لا يجوز قوله فان ادى الثاني يعني ان ادى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل اداء الاول
عتق

عتق الثاني لتحقق شرط عتقه وولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة علة
العلة ولهذا الوجه الاول كان الثاني ملكا للمول كالاول ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازا وان كان
معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستئمان على مواليه فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية لكونه رقيقا اضيف اليه اي الى
المولى لكونه علة العلة كالعبد اذا اشترى شيئا فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية فلو ادى الاول بعد ذلك
وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا مباشرة حكما لان العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعتاق والولاء لا ينتقل
عن المعتق مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جر الولاء فان ثمة مولى الاب ليس معتق للولد مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الام والاصل
ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا اعتق زال فيجر الولاء الى قوم الاب وان
ادى الثاني بدل الكتابة بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان المباشر من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق
عبده على مال قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكر هاهنا ليس من
ذلك فلا يملكه وقوله واما الثالث فتستقيض له لان من اشترى عبدا او رهنه ذا زوجة تمكن من الرد بذلك العيب وكلامه ظاهر
وقوله على ما مر اشارة الى قوله وان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال وقوله فكذلك الاب والوصي ظاهر وقوله وان في تزويج الامة
والكتابة نظر الاماني تزويج الامة فلما ذكرنا واما في الكتابة فلانه يخرجه رقيقا فربما كان المعجز بعد اداء النجوم وذلك لا شك
كونه نظرا وقوله فاما المأذون له فظاهر واما قوله فعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض ذكر في بعض الشروح ان المفاوض يجوز
له ان يزوج الامة فكذلك المأذون له واعتبره الاجارة اي اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له جاز ان يؤجر عبده وامته
فكذا يجوز له ان يزوج امته وقياسه واعتبره مترادفان وقيل استعمال القياس بين العينين اي المأذون والمكاتب والاعتبار
بين العقلين اي التزويج والاجارة لان المماثلة بين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر والطلاق التصرف فكان ذكر القياس
فيه اولى بخلاف العقلين لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث العقلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه
نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم اولويته ولهما وهو الفرق بين
المأذون والمكاتب ان المأذون له يملك التجارة وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة لانه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة ذلك
والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب لانه اسم لما يوصل به الى المال وبالتزويج يصل المولى الى المهر فكان اكتسابا وقوله ولانه
اي التزويج دليل آخر ومعناه ان اعتبار التزويج بالكتابة لانهما مبادلة مال بغير مال اولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال
بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال ولهذا اي ولان التزويج ليس من الاكتساب لا يملكها ولا اي المأذون والمضارب
والمفاوض وشريك العنان والمكاتب كلهم تزويج العبد لانه ليس باكتساب المال فصل لما فرغ من ذكر مسائل من هو
داخل في الكتابة بطريق الاصالة ذكر في هذا الفصل ما يليه من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قال
واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته تقديم الاب في الذكر هاهنا على ابنه للتعظيم واما في ترتيب القوة في الدخول
في كتابته فالابن مقدم على الاب سواء كان مولودا في الكتابة او مشترى والمولود مقدم على المشترى فان المولود يظهر
في حقه جميع احكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشترى يحرم بيعه
حال الحياة ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في
التبعية واما الاب فانه يحرم بيعه حال حياة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالا ولا مؤجلا وانما قال دخل في الكتابة
ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع
الابن لان الكتابة الداخل بطريق الكتابة لا الاصالة فان قيل ما الفرق بين المشترى في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب
عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المشترى لم يسقط من البدل شيء واذا اعتق الصغير سقط من البدل ما يخصه اجيب
بان المشترى تبع من كل وجه فلا معتبر به في البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة واما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد فيزد
وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسقط ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه اولاد دخل في كتابته
كما ذكرنا لانه لما لم يكن من اهل الاعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان واذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد
له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان
في الحر في حق الحرية ولابي حنيفة رحمه الله ان للمكاتب كسبا لا ملكا لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى
زوجته لم يفسد النكاح والكسب يكفي للصلة في الولاد دون غيره الا ترى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الولد والولد
ولا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه اي قرابة الاخوة توسطت بين القرابة البعيدة من بني الاعمام والقرابة القريبة
وهي الولاد والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين والحقناها بالثاني اي القريبة في العتق حتى اذا ملك الحر
اخاه عتق عليه كما اذا ملك والده او ولده وبالاول اي البعيدة في الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخاه لم يدخل في كتابته
كما اذا ملكه ابن عمه وهذا اولى من العكس لانا لو الحقناها بالولاد في الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه
واذا اعتق ليس له ذلك وفي ذلك ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما قال واذا اشترى

ام ولده امراة المكاتب انما اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان
ولدها دخل في الكتابة كما مر والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها والقياس جواز بيعها وان كان معه
الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على اداء جميع البدل فان ادى عتق وما فضل معه فهو له وان عجز عاد هو وماله ملكا للمولى
وكل موقوف يحتمل الفسخ فكسب المكاتب يحتمل الفسخ لا يجوز ان يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ كالاستيلاد لان ما لا يحتمله اولى من الذي يحتمله
والاقوى لا يجوز ان يكون تبعا للادنى الا انه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيها اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه
وبدون الولد لو ثبت الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر اول
الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه مناقض لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر
وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملك الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه
يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد وان ولد للمكاتب ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري يعني في اول الفصل
حيث قال لانه من اهل ان يكاتب ان لم يكن من اهل الاعتاق واعترض بان المكاتب لا يملك التسري فمن اين له ولد من الامة حتى يدخل
في الكتابة واجيب بان معنى قوله لا يملك التسري لا يحل له وطي امته لكنه ان وطي وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فانه
ليس لاحد الشريكين وطيها لكن ان وطيها فولدت وادعاه ثبت النسب ثم قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه
المكاتب فالولد ولده والجارية ام ولد له ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب بما له من حق
الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر فبقيام الملك له في نصفها ههنا ثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ويثبت له حق امية الولد في حق امتناع
البيع تبعا لثبوت حق الولد وقوله وكان حكمه كحكمه اي حكم الولد كحكم المكاتب وكسبه له اي كسب الولد لوالده لان كسب الولد كسبه
اذ الولد كسبه وكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك اذا ولدت المكاتبة من زوجها دخل
الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها موكد اقتصار من الاوصاف القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية في الامهات
كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق الى الاولاد فقوله يسري موكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الابقة فان بيعها لا يجوز
وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع في الابقة موكد اذ الامتناع باق ما لا يدوم وكذا بيع المستاجرة والجانية فان ربقتها اذا
اتصفت بها امتنع بيعها لا متزلزلا ثابت لكنه ليس بموكد فقولهم الاوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين وقولهم الشرعية
احتراز عن السواد والبياض والطول والقصر فانها لا تسري واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع امه قال
ومن زوج امته لعبده هذا ايضا بناء على ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد ولهذا كان الاولاد داخلا
في كتابة الام وكسبه لها قوله لان تبعية الام ارجح اشارة الى ما ذكرنا ولهذا لو استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض
النسخ دخل في كتابتها وكسبه لها اي في الدخول يتبعها وفي الكسب يتبعها خاصة وفي الاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب
وانما كان تبعية الام ارجح لانه جزء منها بحيث يقرض بالمقراض وان تزوج المكاتب باذن مولاه امراة زعمت انها حرة فولدت منه ثم
استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
اولادها احرار بالقيمة لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد فكان يجب حرية
الاولاد والمغرور الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد احرار هكذا في المبسوط وفي شرح الجامع الصغير ان قيمة الاولاد
عنده تجب فادوها الى ما بعد العتق واليه اشار المصنف لان حق المولى هناك محجور بقيمته تاخره الى اخره ثم اذا اعتقه الغرم
يرجع عليها عنده لان الغرور حصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل في الولد
ان يتبع الام في الرق والحرية لكنا تركنا هذا الاصل اذا كان الرجل المكاتب ليس في معناه لان حق المولى هناك محجور بقيمته
ناجزه وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فكان المانع من الالحاق به موجودا وهو العذر اللاحق بالمستحق اوبا ذنه لكنه
بغير اذنه ليتبين منه ما اذا كان بغير اذنه بطريق الاولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة من غير تاخير الى الاعتاق
وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق فيما اذا كان بغير اذنه وحكم الماذون له كذلك فما كان اوجدنا والفرق المذكور
في الكتاب تقريره الكتابة اوجبت الشراء والشراء اوجب سقوط الحد والحد وسقوط الحد اوجب العقر ولا كذلك النكاح وباقي
كلامه ظاهر لا يحتاج الى الشرح فصل مسايل هذا الفصل نوع اخر من جنس مسايل الفصل الاول ففصلها بفصل واذا
ولدت المكاتبة من المولى وذلك بان ادعاه فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له سواء
صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك في الرقبة ولها حق الملك والحقيقة راجحة فتثبت من غير تصديق وانما تخيرت لانه
تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل واجلة بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى سواء جاءت به لستة اشهر او لاكثر وهو حر لان
المولى يملك الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحريره ولدها من غيره فضلا ان يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الاولى
قوله وماله من الملك دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى يؤيد قوله ما عسى ان يتوهم بان ملك المولى في المكاتبة ناقص فلا يصح دعوته لان
ملكه فيها اقوى من ملك المكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلان يثبت من المولى اولى فان اختارت الكتابة ومضت عليها اخذت
العقر من مولاها اي مهر مثلها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا يعني قبيل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت اخص باجزائها توسلا
الى

الى المقصود بالكتابة ثم ان مات المولى يعني بعد مضيها على الكتابة عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة على ما ذكره فان قيل وجب
ان لا يسقط لان الكتابة يسلم لها وهذا انه بقاء الكتابة واجيب بان الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط
وبالنظر اليه يسقط الا ترى انه ان قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة
فعلمنا بالشبهين فقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط وان ماتت وتركت مالا يؤدي منه
مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا اخر وهي ماضية على
الكتابة لم يلزم المولى بالسكوت لان نسب ولد ام الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم يكن محرم الوطء وهذه يحرم وطيها فلا بد من الدعوة
وباقي كلامه ظاهر قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز لان الكتابة ليتوسل بها الى ملك اليد في الحال والحرية عند اداء البدل
وحاجة ام الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائزا الا يقال احدهما يقتضي العتق ببدل والاخر بلا
بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتها على سبيل البدل وعورض بان مالية
ام الولد غير متقومة عند ابي حنيفة رحمه الله فكيف تقابلها بدل متقوم واجيب بان ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة
لدفع الاول لتحصيل اولها الحال ولدفع الثاني في الثاني والملك يجوز ان يقابل ببدل متقوم وان لم يكن متقوما كملك القصاص
اذا اعتق بعض الاولياء فانه يقابل بحصة الاخرين بالمال فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل
الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يكن توفر الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع
ابقائها بلا فايدة بالنسبة الى البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب بعتق الاولاد ويخلص لها الاكساب ولقائل ان يقول الكتابة عقد
واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان بطلانه كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين
احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا واولاده واكسابه لمولاه
وبالثاني يعتق هو واولاده ويخلص له ما بقي من الكسب وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة ههنا الى ابطال الكتابة بنظر المكاتب وكان النظر له
في الثاني دون الاول صرنا اليه لا يقال في كلام المصنف تناقض لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فايدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد
لا تعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الاولى بالثانية والاولى بالثانية فتامله فلعله سديد
ولو ادت المكاتبة بالنصب اي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو ادت الكتابة وهو بتقدير مضاف قبل موت المولى عتقت بالكتابة
لانها باقية وان كانت مدبرة وصنع المسالة مناسبة لما تقدم من ام الولد ووضعها في المبسوط في المدبر وانما جاز كتابتها لوجود المقتضي
وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها والبقاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم فان مات المولى ولا
مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لا قنة وفي جميع بدل الكتابة عند ابي حنيفة رحمه الله وقد اوضح كلامه فيتعرض
لبعضه زيادة ايضاح قوله فتتخير لان في التخيير فايدة وان اتحد الجنس يجوز ان يكون اداء الاكثر اهان من الاقل باعتبار الاجل
واداء الاقل اعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا قوله وجب عليه احد المالين فيختار الاقل فقد اعترض عليه بان الاعتاق
لما لم يتجزى عنده ما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانتفت الكتابة فلوجبت السعاية في ثلثي قيمتها لا غير واجيب بانا قد
حكمنا ببقية الكتابة نظرا لها فيبقيها كذلك فلا يكون بدلها اقل فيحصل النظر بوجهه فقوله انه قابل البدل بالكل لانه اضاف
العقد الى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل لها كالقنة فيصير كلها مكاتبة وقد سلم لها الثلث بالتدبير فيسقط
ما قابله من البدل والا لكان ما فرضناه سالما غير سالم هذا خلف باطل وقوله فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة صورته
ان كاتب عبده اولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسالة التي تلي هذه
المسالة وقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهر اي مكشوف فيما بينا لا يخفى على احد ان اخرجها عن الملك بغير الاعتاق غير
صحيح فان اعتقها خرج عما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عنها ما لا يخرج عن ثلثه فقد استحقت حرية كلها
وان لم يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا والظاهر البين ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة
ما يستحق حريته فتعين ان يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ولقائل ان يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع
اذا ادت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب انه لا يلزم على ابي يوسف لانه يقول بتجزي
الاعتاق واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فالجواب ما مر انا قد حكمنا ببقية الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر ان يبقى
بعضه غير حر ويعتبر بعدم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له وقوله اذ لا استحقاق عنده اي عند عقد
الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا اعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة وان دبر مكاتبته
صح التدبير لما بينا انه تلقتها جهتا حرية ولها الخيار ان شاءت مضت على كتابتها وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة
لان الكتابة ليست بلازمة من جانب المملوك لان النفقة والكتابة على المكاتب في حال الكتابة واذا عجزت نفسها كان كل
ذلك على المولى فله ان يدفع عن نفسه ذلك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال
الكتابة وبين ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وعندهما في الاقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار على ما ذكرنا من تجزي الاعتاق واما
المقدار فمتفق عليه ومحمد مار على اصله لا يحتاج الى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا ان البدل ههنا مقابل بالكل

الي اداه قال وإذا اعتق المولى مكاتبه واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بنا على انه
ما كان وسيلة الي تحصيل شي وحصل ذلك الشي من جهة اخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل الكتابة لازمة في جانب
المولى فلا يقبل الفسخ اجاب بقوله والكتابة وان كانت لازمة من جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد واللزوم كان لحق
حقه فاذا رضي بالفسخ فقد اسقط حقه كما لو باعه المولى او اجره برضاه والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل فانه اذا
رضي به ببدل فبلا بدل يكون ارضى وقوله مع سلامة الاكساب له لان تبقى الكتابة في حقه اشارة الى جواب ما عسى ان يقال
قد يكون راضيا ببدل نظرا الى سلامة الاكساب له فلعله يكون الاكساب كثيرة يفضل بعد اداء البدل منها له جملة ووجهه ان الاكساب
سالمة له لانا نبقي الكتابة في حقه لسلامة الاكساب بناء على ملكه نظرا له وحينئذ صار الظاهر كالمتحقق الواقع فيعتق باعتاقه وان
كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جايز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما
ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز
ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربا لا يقال هلا جعلته اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق
والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير الف الى سنة
فصالحه على خمسمائة معجلة وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على اداء البدل الا به فاعطي له حكم
المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فتعادلا وكان اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف
الجنس فلم يكن ثمة ربا وفيه بحث لان المال ما يتمول به وهو يعتمد الاحراز وذلك في الاجل غير متصور ولان قوله فاعطي له حكم المال
ليس بمستقيم لفظا ولا معنى فان اعطى يتعدى الى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام واما معنى فلانا نقول الاجل في حق
المكاتب مال من وجه فان اراد بقوله فاعطي له حكم المال من كل وجه فات الاعتدال اذ البدل مال من وجه وان
اراد حكم المال من وجه كان تحصيلا للحاصل والجواب ان ما ذكرتم ان المال ما يتمول به صحيح اذا كان مالا من كل وجه وليس
ما نحن فيه كذلك وان المراد به ههنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء
عليه توقفها على عين الدراهم وضمن اعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبر للاجل حكم المال فان الشي يجوز ان يكون جهة في شي ولا يكون
معتبرا فبين بانه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب قوله ولان عقد الكتابة وجه آخر للاستحسان وتقريره ان عقد الكتابة
عقد من وجه دون وجه لما تقدم ان له شبها بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه يمينا والاجل ربا من وجه ففيه شبهة الربا
اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة
لا شبهة شبهة قال واذا كاتب المريض عبده واذا كاتب المريض عبده على الفي درهم الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات المولى
ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الاجل لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم ان يردوه دفعا للضرر تأخير حقهم الى مضي الاجل على انفسهم
فان المكاتب يؤدي ثلثي الالفين حالا وهو الف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم والباقي وهو ستمائة وستة وستون
وثلثا درهم الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله
لان له ان يترك الزايد على قيمته ومن له ترك شي له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه وصار ذلك كما اذا خالع المريض امرأته على
الف الى سنة جاز لانه له ان يطلقها بغير بدل ولو قال لان له ان يترك الزيادة وثلث الالف فله ان يؤخرها كان احرى فتأمل
ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة بدليل جريان احكام الابدال من جواز المرابحة على الالفين وجواز الحبس على المماطلة والاخذ بالشفعة
فانها تتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالبدل فان المبدل لما كان مالا متقوما كان
حكم بدله كحكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لانه اسقاط معنى
بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلفا فيما اذا باع المريض
داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل فعندهما يخير المشتري بين اداء ثلثي جميع الثمن حالا
والثلث الى اجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى يعني الدليل من الطرفين وان
كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر
وهو اسقاط الف درهم والتأخير وهو تعجيل الالف الاخرى فاعتبر الثلث فيهما اي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير
لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير ايضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التأخير باب
من يكاتب عن العبد لما فرغ مما ذكر احكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق بالكتابة
فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في التصرف المرء ان يكون لنفسه قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم
قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد وقيل هو مكاتب واختلف المشايخ
في تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه
المولى على هذا فيعتق باداية بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا يعني ان هذا العقد نافذ في حق ما للعبد في حرمة البيع ونفوذ
عتقه واداية باداء القابل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على
اجازة

اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء او لو وكله العبد بذلك
جاز ونفذ عقده عليه فكذا اذا اجاز بعد العقد وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك على الف درهم ولم يقل على اني ان اديت
اليك الفا فهو حر فادى عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر وجه الاستحسان
انه لا ضرر للعبد الغايب في تعليق العتق اي في توقف العتق على اداء القابل فيصح العقد العتق في حق هذا الحكم ويتوقف
في لزوم الالف العبد قيل ما الفرق بين هذه وبين الالف فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وههنا لا يتوقف
فيما له والجواب ان ما له ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه الالتزام وهو يتوقف عليه ولو ادى الحر البدل لا يرجع
على العبد لانه متبرع حيث لم يامره بالاداء ولا هو مضطر في ادايه وهل له ان يسترد ما ادى الى المولى فيه تطويل طال في النهاية
نطلع عليه قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى
عبدك فلان الغايب جاز استحسانا والقياس ان يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغايب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده
وعبد غيره او زوج امته وامة غيره وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغايب تبعا
والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شي فان
قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها لان للاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى لو اعتق الاولاد لم يسقط من البدل شيا ويعتق الاولاد
اذا اعتق المولى الام بخلاف العبد الغايب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث اضيف العقد اليهما مقصود اله حتى ان المولى
اذا اعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغايب واذا اعتق الغايب سقطت حصته من المكاتبة ووجب على
الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف اجيب بان فالجواب ان ما
ذكرت يجوز ان يكون وجها للقياس واما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر الى ان يكون فيه
جهة اصالة اولا تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب والاستعمال على المكاتبة واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر
فله اي فللمولى ان ياخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شي لانه تبع فيه
وهذا ايد لك على ان النظر في جهة التبعية لا معتبر لجهة الاصالة في انعقاد العقد عليه وقوله وايهما ادى عتقا تكرار لانه قال في
اول المسئلة فان ادى الشاهد او الغايب عتق لكنه اعاده تمهيد القوله ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب
فالقياس فيه ان لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شي من البدل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة لانه ينال شرف الحرية وصار كمعير الرهن
اذا ادى المرتهن لفكاك عينه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه
لان الحاضر قضي دينا عليه ومثله لا يرجع والغايب متبرع به غير مضطر اليه ومثله ايضا لا يرجع فان قيل الغايب ههنا كمعير
الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما ادى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب انه كذلك في جواز الاداء غير
دين عليه لا في الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شي حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية ان يحصل له الحرية وهذا
كما يقال عدم النفع ليس بضرر انا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاتته لو لم يؤد فكان مضطرا اجيب بانه متوهم وحق
الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به وليس للمولى ان ياخذ الغايب بشي لما بينا انه فيه تبع فان قبل العبد الغايب او لم يقبل فليس
ذلك منه بشي والكتابة لازمة للشاهد وان رده الغايب لا اثر لرده وقوله في ذلك لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير
قبول الغايب فلا يتغير بقبوله فليس للمولى ان ياخذه بشي من بدل الكتابة كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه
حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا واذا اقبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز وانما وضع المسئلة في الامة اشارة
الى ان الحكم في العبد والامة سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامة
لعدم ولايتها اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف الامة وايهم ادى لا يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها
جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وذلك ان الام ان ادت فقد ادت دينا على نفسها وكل
من الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا ادى احدهما ينبغي ان لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصالة
بينهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما اذا ادى كان اداوه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا فكذا اذا
ادى احدهما قيل وهذه الفائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ولعل هذا المعنى قوله وهي اولى بذلك من الاجنبي يريد
ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي اولى واقول لعله اشارة
الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي واري انه الحق والله اعلم
باب كتابة العبد المشترك ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال
واذا كان العبد بين شريكين اذن احد الشريكين لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب
وقبض بعض الالف ثم عجز فالذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف
ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في
الكتابة وانما يكون فايدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بان الكتابة اما ان يعتبر فيها معنى المعاوضة

او معنى الاعتاق او معنى تعليق العتق بالاداء ولو وجد شيء من ذلك من احد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ عند ابي حنيفة لكتابة ذلك واجيب بان الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فيجوز ان يكون لها حكم يختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو لحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة ويصرف الاذن في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة يقبل الفسخ ولهذا ينفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضي وانتفى المانع والمعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ اما الاعتاق فظاهر واما التعليق فلانه يمين قوله واذنه له بقبض البدل بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك لانه اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء من الكسب اليه فيصير الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه اي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض ويجوز ان يكون الضمير عليه للعبد اي فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بالتبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض او استحق فان له الرجوع لعدم حصول المقصود من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري اجيب بان المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا بخلاف البايع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له الرجوع اذا لم يحصل مقصوده ولهما ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي او اصيل في النصف وكيل في النصف وهو اي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الاكساب وكان المصنف مال الى الحكم قولهما حيث اخره قال —— واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها

واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطيها احدهما فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطيها الآخر فجاءت بولد فادعاه صحت دعوته ايضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي ام ولد للاول بطريق القياس لانه لما ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له وصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتمليك نصيب صاحبه والكتابة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزى بالاتفاق والجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا ينفسخ الا بفسخ المكاتبة واذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وانما قيد بقوله ظاهرا لان الظاهر ان يمضي على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطيه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه يملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة اما بالنظر الى الظاهر فكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطيها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة على ما عرف واما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطي ام ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند ابي حنيفة رحمه الله لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها اجيب بان هذا على قولهما واما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء وقيل عن ابي حنيفة في تقوم ام الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احديهما فكان ... بالقيمة واي دفع العقر الى المكاتبة يعني قبل العجز جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت يرد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول وهي مكاتبة له تعتق باداء البدل الى الاول ولا يجوز وطي الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن لان الاستيلاد طلب الولد وهو يتبع بالعقل والعقل لا يتجزى فكذا ما يثبت به ولهذا اكمل في القنة بالاجماع وقد امكن هاهنا بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فيفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا يتضرر به المكاتبة وهو امومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيه نفع حيث لم يبق محلا للابتذال بالبيع والهبة ويبقى الكتابة فيما وراءه اي فيما وراء ما لا يتضرر به كونها احق باكسابها واكساب ولدها قوله بخلاف التدبير جواب عن قياس ابي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة ووجهه انا قد قلنا ان امومية الولد تستكمل ما امكن ولا امكان هاهنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده قوله وبخلاف بيع المكاتب قيل هو جواب عما يقال هلا فسخت الكتابة في ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاد ووجهه ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطلناها لتضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ويجوز ان يكون بيانا لقوله ويبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراء ما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فيبقى الكتابة كما كانت قوله واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطي ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة الملك

مكاتبه

مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره ابو حنيفة اولا انها تبقى مكاتبة بينهما فيما يتضرر به بالاجماع على ما ذكرناه ولا حد على واطي مكاتبته ويلزمه جميع العقر لان الوطي لا يعرى عن احد الغرامتين وقوله واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له اي للاول قيل وهو جواب اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول ابي عصمة وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وهو قوله وفي ابقائه يجوز ان يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب ان ينفسخ ووجهه ان في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف البدل نظرا للمولى وان كانت لا تتضرر المكاتبة بسقوطه فرجحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا في تعليل ابي حنيفة رحمه الله قال —— ويضمن للاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف رحمه الله موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فالتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد يملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمس مائة اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه واذا كان الثاني لم يطأها لكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد ملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز تبين انه يملك نصيبه من وقت الوطي فتبين انه اي التدبير صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلا يصح بدونه بخلاف النسب فانه يثبت من الثاني وجد الوطي منه لانه يعتمد الغرور لا الملك وهي ام ولد للاول لانه يملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا يعني في تعليل قول ابي حنيفة رحمه الله وهو قوله وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه يملك نصفها بالاستيلاد وهو يملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبة وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وهاهنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ووجه ما بينا اي في تعيين القول لعله ما طرفه ابو حنيفة فقد ذكرنا انفا من قوله وتبين ان الجارية الى آخره واما طرفهما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صار كلها ام ولد له الى آخره وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق فصارت كانها لم تزل قنة والجواب فيه اي في اعتاق احد الشريكين القن على هذا الخلاف في الرجوع فان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع وفي الخيارات عند ابي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلث ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرها بين الولاء وترديده للاستسعاء فان عند ابي حنيفة ان اعتق الساكت او استسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق جميعا في الوجهين واما ترديده للاستسعاء فانهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولون ان كان المعتق موسرا ضمن نصيب الساكت وان كان معسرا يسعى العبد لنصيب الساكت وابو حنيفة يراه كما هو مسئلة تجزي الاعتاق كما تقرر في العتاق هذا اذا اعتقها ما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو واضح ومبناه ايضا على تجزي الاعتاق وذلك لان الاعتاق لما تجزى عنده ولم يظهر افساده نصيب الساكت ما لم يعجز فانه اثره حينئذ ان تحول نصيب الساكت كالمكاتب وهو الحاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما هو في القنة فيوجب الضمان وعندهما لما تم بين عتق الكل فله ان يضمن قيمة نصيب شريكه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال —— واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما

واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فالمدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتاقه وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعي او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وله ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد نصيب الآخر فلم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ويقتصر الاعتاق على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكنه يفسد به نصيب المدبر لانسداد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية ايضا كما هو مذهبه وانما ضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته يعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المنافع انواع ثلثة البيع وما اشبهه في كونه مخرجا عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام وامثاله في كونه انتفاعا بالمنافع

كالاجارة والعارية والوطي والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والغايب من ذلك النوع
الاول فيسقط الثلث واذا ضمنه لايتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وابق فانه يضمنه
ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة لاضمان تملك واذا اعتقه او التدبير المسلة الثانية كان للاول الخيارات الثلث عنده خيار التضمين
والاعتاق والسعاية لان المعتق اقتصر على نصيبه وافسد نصيب شريكه كما مر فاذا دبر لم يبق له خيار التضمين لانه
بمباشرة التضمين يصير مبريا للمعتق عن الضمان لحقه وهو ان نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه متعلقا
بشرط هو تمليك العين بالضمان وقد فوتنا ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك نصيبه كان مدبرا عند ذلك فلا يكون
التضمين مشروطا بتمليك العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتمليك اذا كان الضمان محل الاعتاق قابلا للتمليك كما لو
اعتق اولا او غصب القن فمات او ابق واما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان بالاعتاق
يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك فاذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك سقط الضمان لفوات شرطه
فصار مفوت الشرط بتفويته مبريا لصاحبه عما لزمه ويبقى له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقالا ابو يوسف
ومحمد رحمه الله اذا دبره احدهما فعتق الاخر باطل لانه لا يتجزي عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا
كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لان التدبير صادف وهو قن وان اعتقه احدهما
فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزي عندهما فعتق كله وكلامه فيه ظاهر.

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تأخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متاخرة عن عقد الكتابة قال ـــــ واذا عجز المكاتب عن نجم النجم
هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه
او مال غايب يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كما مهال الخصم
للدفع فان المدعي عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة انه يؤخر يوما او يومين او ثلاثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا
التقدير من باب التعجيل دون التاخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك
قدر صاحب الشرع مدة الخيار بثلاثة ايام فانه يمهل ولا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق
علقه بهذا الشرط فلا يوجد دونه ولقائل ان يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه يفيد الوجود عند الوجود
فقط والجواب ما اشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند احدهما كما لو قال ان دخلت هذين الدا
رين فانت طالق ولان عقد الكتابة عقد ارفاق مبناه على المسامحة حتى كان الحسنة موجلة وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا رفاه
في الطلب بعده فلا بد من امهال مدة ارفاقا واولى المدد لذلك ما يوافق عليه العاقدان فاذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال الا
ان يتحقق العجز عن اداية فيفسخ لوجود مدة التاجيل الذي اتفق عليها العاقدان ولهما ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق لان
من عجز عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين اعجز وهذا اي كون العجز سببا للفسخ لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول
نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا وان يكون للقاضي اي فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف
الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن اداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به او يحتاج الى قضاء القاضي فيه
روايتان بخلاف اليومين والثلاثة فانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا قوله والاثار متعارضة جواب عن الاستدلال له
بالاثار على رضي الله عنه وبيان ذلك انه روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها
لان الاثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت ويصار الى ما قاله من الحجة ويبقى ما قالاه من الدليل بقوله ان سبب   بعدهما م
الفسخ قد تحقق الى اخره سالما من المعارض لان دليل ابو يوسف حطابه لا يقابل المعقود ويثبت الفسخ به قال فان اخل بنجم عند
غير السلطان المراد بالاخلال ههنا ترك الاداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في ادائها فاذا اخل في هذا
التقسيط بنجم عند غير السلطان اي القاضي فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر
اولى وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم من جانب لا يقدر على الابطال بانفراده تام ليس فيه خيار شرط
وكل ما كان كذلك فسخه يحتاج الى الرضا او القضاء كالرد بالعيب بعد القبض وقد تقدم ان فيه رواية اخرى لان الفسخ يصح
بلا قضاء ووجهها ان هذا عيب يمكن في احد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام العقد بوقوع الفراغ عن
استيفاء احكامه فشبه بهذا الوجه بالوجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا
واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وكسب
العبد لمولاه وانما قال ظهر لان كسبه كان موقوفا عليه او على مولاه لانه ان ادى بدل الكتابة فهو له والا فلمولاه وقد زال التوقف
فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي عليه من ماله وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته
ويعتق عليه اولاده المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا
رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فهو لمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدلاله   يموت هو
لذلك

و ذلك هو

لذلك بالمعقول لان المقصود بالكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منه كذلك لان العتق كذلك لا يثبت فيما ان يثبت بعد الممات
مقصورا او قبله او بعده مستندا الى حال حياته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له من محل ولا الى الثاني لان الشيء يثبت
في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الاخر والجامع
بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق وعليك باستحضار القواعد الاصولية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان اصل مجمع منصوص
عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان ان هذا النص في الحال معلول وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه علما منه للعلل
المنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالته بظهور اثره في جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من شروط القياس
فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعاء الاضافة الى المخصص في هذا
الموضع وامثاله فان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز المعظم فذره والا
فاياك ودعوى معرفة الدراية فتكون من الجهلة الذي ظهر عند ذوي التحصيل عذره فالحق بالاخسرين الذين ضل اعمالهم في الحياة الدنيا
وهم يحسبون انهم يحسنون صنعا قوله بل اولى يجوز ان يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت
المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد فهذا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المقتضي والمانع
اما المقتضي فلان حق الدين حق المولى حتى لزم العقد من جانبه واما المولى فلا نسلم فلان الموت ابقى لمالكية منه للمملوكية فان المملوكية
ضعف والموت لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيه فينزل حيا تقديرا كما انزل الميت حيا في حق
بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث او لتستند الحرية
باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط اجاب المصنف بقوله ويكون
اداء خلفه كادائه فلا يلزم ذلك ولا يتوهم ان العتق يتقدم على الاداء او يتقدر الاداء قبل العتق ولم يتعرض بان المكاتب
ليس بمعقود عليه لما تقدم ان المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد قال ـــــ وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة
الولد المولود في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه ان مات مفلسا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه في
الاداء كما لو ترك وفاء واما الولد المشترى فكالمولود في الكتابة عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله يقال له اما ان تؤدي الكتابة حالة
او ترد رقيقا فهما اعتبراه بالمولود بجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكساب فان
المولى لا يتصرف في الاكساب ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وابو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ما ذكره في   تب
الكتاب فان المشتري المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق المكاتب
في اخر جزء من اجزاء حياته بطريق الاستناد وله حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه ايضا في ذلك الوقت لانه تبع لابيه
في الكتابة فيكون ذلك توريث حر عن حر وكذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه
لان الولد اما ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد
الكتابة فيهما فالحكم بحرية العبد حكم بحريته في تلك الحالة يعني جزء من اجزاء حياته على ما مر من استناد الحرية باستناد
سبب الاداء الى ما قبل الموت قال ـــــ وان مات المكاتب وله ولد من حرة ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق
بينهما وصورته مكاتب مات وله ولد حر من امراة حرة وترك دينا على الناس وفاء بمكاتبته فالكتابة باقية وولاء الولد لموالي
الام اما بقاء الكتابة فلانه من المال المنتظر لان الدين باعتبار ماله مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدي البدل وان
قيد بالدين لانه لو ترك دينا لم يثبت القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال واما ان الولاء لموالي الام فلانه لما لم يحكم
بعتقه لم يظهر للولد ولاء في جانب ابيه فان جنى هذا الولد جناية وقضي به اي بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك
قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة
فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى
مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه
كما اذا اكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت
ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض قوله وان اختصم موالي الام الى احره
هو الصورة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالي الاب وموالي الام فقال موالي الام مات
رقيقا والولاء لنا وقال موالي الاب مات حرا والولاء لنا فقضى بولايه لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا
الاختلاف اختلاف في الولاء مقصودا وهو واضح ولذلك بنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر
الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا الى بقاء الكتابة وانتقاضها
فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ ما يلاقيه من القضاء واذا كان القضاء بالولاء لهم انما قد انفسخ الكتابة بانتفاء لازمها وهو احتمال
جر الولاء لما تقدم في المسلة الاولى ان ذلك جر اللازم والشيء ينتفي بانتفاء لازمه قيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء
ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس احد

السغناقي رحمه الله واجيب بان صيانة القضاء اولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه اولى
من صيانة كتابة اختلف الصحابة في بقائها قال ـــــ واما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه اذا كان المكاتب
اخذها من الزكوات شيئا ثم عجز فاما ان عجز بعد ادائه الى المولى او قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان
سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين اصل ذلك
حديث بريرة رضي الله عنها فيما اهدت اليه وهي مكاتبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف
ما اذا اباح الفقير ما اخذ من الزكوات لغني او هاشمي فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك
ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا
عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى اكسابه ملكا مبتدا ولهذا اوجب نقض
الاجارة في المكاتب اذا اجر ثم عجز وكذلك عند ابي يوسف فان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع
ملك في اكسابه وبالعجز يتاكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد الماذون ولهذا اذا اجر المكاتب امته ثم
عجز لا يوجب فسخ الاجارة لان الخبث ليس في نفس الصدقة والا لما امر باخذها اصلا وانما الخبث في فعل الاخذ به لكونه
اذلالا به وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا
وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب
واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول ابي يوسف لا يطيب
لان المكاتب عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدا بل كان له نوع ملك في اكسابه فيملك وبالعجز يتاكد ذلك كما ذكرنا
انفا وههنا سوال مشكل وهو ان ملك الرقبة كان للمولى فانى يتحقق ذلك بتبدل الملك واجيب بان ملك الرقبة للمولى
كان معلولا في مقابلة ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى ان يمنع المكاتب
عن التصرف في ملكه وبالعكس بالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا تبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ولئن
كان فلا نسلم ان مثله ينزل منزلة تبدل العين ولعل الاولى ان يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا
قال ـــــ واذا جنى العبد فكاتبه مولاه اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفدا او يجب
عليه قيمته اما الاول فلعدم علمه بالجناية واما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كالبائع وهو لا يعلم بالجناية
فان عجز خير المولى بين الدفع والفدا لان هذا اي احد هذين الامرين موجب جناية العبد في الاصل والموجب الاصلي لا يترك
الا لمانع فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير الا بامر ضروري والمانع عند حال الكتابة قائم اما عن الفدا فلما من عدم
العلم واما عن الدفع فلتعذره بالكتابة فاذا عجز فقد زال المانع واذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اي وكذا الحكم
من عود الحكم الاصلي اذا جنى المكاتب ولم يقض به اي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضى به اي بموجب
الجناية عليه اي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو اي ما قضي به من موجبها دين في ذمته يباع فيه اعلم ان المكاتب اذا جنى
جناية خطا فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو احق بكسبه وموجب
الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن ارش الجناية الا ترى ان في جناية المدبر وام
الولد يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن ارش الجناية لانه احق بكسبهما هكذا ذكره الكرخي وغيره واذا علمت هذا ظهر لك
ان الحق قد انتقل بالقضا من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلي
صيانة للقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع اليه ابو يوسف وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل
القضاء الا ان يعفو المولى عنه وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم عند الجناية فالجناية عند ما وقعت انعقدت
موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى ان الواجب
هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا وهو رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تاويل كلامه
اذا كانت القيمة اقل من ارش الجناية ولنا ان الحق بالموجب وهو انا سلمنا ان المانع من الدفع قائم ولكن الكلام في انه
قابل للزوال او لا ولا شك في قبوله لامكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضا او الرضا
فان قيل قوله ولم ينتقل في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر ان جناية المكاتب يصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا
او القضا فما وجه اخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي فصار
كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ على القضا لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد
لانهما لا يقبلان الزوال فكان الواجب في الابتدا هو القيمة قال ـــــ واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة
الكتابة حق المكاتب لانها سبب حريته وحريته حقه فهي سبب حقه وسبب حق المرء حقه لافضائه الى حصوله فالكتابة حقه فاذا
مات المولى لا تنفسخ كيلا يؤدي موته الى ابطال حق غيره ويقال له اد المال الى ورثة المولى على نجومه اي موجلا لانه استحق
الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان صح تصرفه بتاجيل

الكل

الكل كالاسقاط بخلاف ما اذا كان مريضا وكاتب فان المكاتب يودي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه
بتاجيل غير الثلث كاسقاطه قوله الا ان الورثة يخلفونه استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكانه جواب عما يقال كيف لا يتغير بسبب
الحجر وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغيير فقال قيامهم مقامه في الاستيفاء لا يسمى تغييرا في عقد الكتابة لانها
باقية كما كانت كما ان سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغييرا فكذلك دين الكتابة فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه
لانه لا يملكه اذ المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بالارث ولا عتق فيما لا يملكه ابن ادم وان اعتقوه جميعا عتق استحسانا
وجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان انه يصير اعتاقهم بدلا فانهم يملكونه بجريان الارث فيه واذا ابرى المكاتب
عن جميع بدل الكتابة عتق كما اذا ابراه مولاه فان قيل فاجعل اعتاق احد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لانا نجعله ابراء اقتضاء
تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت في المكاتب بابراء بعض البدل او ادائه لا في بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل
ولهذا لو ابرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق شي منه واذا لم يمكن اثبات المقتضي لا يثبت المقتضي فلا وجه لابراء البعض وكذلك
الى ابرا الواحق بقية الورثة

كتاب الولا

اورد كتاب الولا عقيب المكاتب لانه من زوال ملك الرقبة اثارم
وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم المكاتب الى هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولا عن كتاب المكاتب لئلا
يتقدم الاثر على المؤثر والولا في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير
فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل قال الولا نوعان تنوع الولا باختلاف السبب الى نوعين فالاول
ولا العتاقة ويسمى ولا نعمة اقتفاء بقوله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي بالاعتاق وهو زيد وسببه العتق
على ملكه في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول اكثر اصحابنا ان سببه الاعتاق استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق
وانما كان ذلك صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولا له ولا اعتاق فجعل العتق سببا اولى لعمومه والثاني
ولا موالاة وسببه العقد لعقد على ما سنذكره قوله ولهذا اي ولان العتاقة وولا الموالاة بيان لسبب النوعين فان كلا منهما مضاف
الى شي والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول وقوله والمعنى فيهما التناصر بيان لمفهومهما الشرعي قوله وكانت العرب تتناصر
باشيا بيان لوجود التناصر فيهما فان العرب كانت تتناصر بها وهي الحلف والمحالفة وقد قرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولا
بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال ـــــ
واذا اعتق المولى مملوكه اذا اعتق المولى مملوكه كان الولا له لقوله صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق ووجه الاستدلال ان الحكم
اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه تناقض جعل العتق سببا
لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق قوله ولان التناصر به اي بسبب الاعتاق قا
دليل على الاثرين الثابتين به وهو العقل قوله والميراث ونوعه المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان
الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا ترى انه لا يثبت في حقه
كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحيا كالقضا والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق
يثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن احيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولا كالولاد والولاد يوجب الارث
فكذلك الولا ولانه ثبت انه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم قوله ولان الغنم بالغرم يحتمل الوجهين فليتامل قوله وكذا المراة
تعتق يعني ان ولا معتقها لها لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق وقوله ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما
معطوف على قوله لما روينا معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولا للمراة وروي ان بنت حمزة اعتقت غلاما لها ثم مات المعتق
وترك ابنته فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي في ثبوت الولا الاعتاق بمال وبغيره والعتق بقرابة
او كتابة عند الاداء او بتدبير او استيلاد بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء اذ بجهة الواجب ككفارة اليمين وما
اشبهها لاطلاق ما ذكرناه يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق وما ذكره في المعنى المعقول فان شرط انه سائبة
اي يكون حرا ولا ولا بينه وبين معتقه فالشرط باطل والولا لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال ـــــ واذا ادى
المكاتب كلامه ظ لا يحتاج الى شرح وذكر مسئلة جر الولا وهي مما يحتاج الى الشرح عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع على الولد
مقصودا لا ينتقل ولاؤه ابدا وان وقع تبعا لامه ثم اعتق الاب جر الابن الى مواليه وعلى هذا اذا اعتق الرجل امة وولدها
عتقا ولاهما له فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاؤه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك الام والعتق تناوله
مقصودا فلا ينتقل ابدا او اذا اعتقت الام وهي حامل واما اعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر وولدت احد
التوامين لاقل من ستة اشهر بيوم ثم اعتق الاب دخل اخ فكذلك لا ينتقل الولا الى موالي الاب لان المولى قصده اعتاقه
الام فواضح وان ولدت لاقل من ستة اشهر حصل اليقين بقيامه فيه فكذا اذا ولدت احد التوامين لانهما يتعلقان معا
فان قيل الحبلى اذا والت رجلا والزوج والى غيره كان ولا الولد لموالي الاب فما الفرق اجيب بان الجنين غير قابل للولا
الولا مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له واذا اعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة اشهر فولاؤه لموالي الام
لانها لما ولدت كذلك لم يتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها

في الولا فان اعتق الاب جر ولا ابنه الي مواليه لان الولا بمنزلة النسب قال صلي الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب الحديث ثم النسب الي الابا فكذلك الولا والنسبة الي موالي الام كانت ضرورة عدم اهلية الاب لرقه فاذا صار اهلا عاد الولا اليه كما ان ولد الملاعنة تنتسب الي قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه عاد الانتساب اليه ويرد نقض فوله فاذا صار اهلا عاد الولا اليه بما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كانت الامة امراة مكاتب بمات عن وفا او اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولي لموالي الام لم ينتقل عنهم وان اعتق الاب والجواب ان العود يعود الا هلية ولم يثبت بهذا العتق للاب اهلية لتعذر اضافة العلوق الي ما بعد الموت وهو ظاهر والي ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطي وكذلك بعد الطلاق الرجعي لانه يصير مراجعا بذلك لانها اذا جات به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الي اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج الي اثباتها باثبات النسب واذا تعذر اضافته الي ما بعد ذلك اسند الي حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاوه كما تقدم ويتبين من هذا انها اذا جات به لاقل من ستة اشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولي للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق ولما لو جات به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان واما في الرجعي فولاء الولد لموالي الاب لصيرورته مراجعة وذكر لفظ اي مع الصغير لاشتماله علي بيان الفعل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب تزوج مسلم من العجم لم يعتقه احد بمعتقة من العرب فولد اولادها لمواليها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واموالهم لهم لذوي ارحامه حتي لو ترك الولد خالة او عمة ولم يكن لها كان وجود معتق الام وعصبته وعند ابي يوسف رحمه الله حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولا عتاقه وانما يورث ماله بين ذوي ارحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون اولادها لموالي امه لان النسب الي الابا فان قيل لما كان النسب الي الابا وجب ان يستوي الاب الحر والعبد وليس كذلك اجاب بان العبد هالك معني لانه لا يملك شيا ولانه اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالي او من كان ميتا فاحييناه فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا اب له فينسب الي موالي الام وهذا معلوم معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سوا ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب ومعني حتي اعتبر الكفاءة فيه ان الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعتبرونها في الكفاءة فمن له ابوان في الحرية لا يكون كفوا لمن له ابوان فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك كانت تفاخرهم بعمارة الدنيا حتي جعلوا من له اب واحد في الامارة كفوا لمن له ابوان في ذلك قال المصنف رحمه الله الخلاف في مطلق المعتقة وانما قال ذلك لان محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا حتي لو تزوج بمعتقة من العرب كان كذلك فكان وضع القدوري في معتقة العرب اتفاقيا وذكر لفظ اي مع الصغير لبيان ان محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا ولاشتماله علي ولا الموالاة وذلك واضح في الكتاب قوله كالمولود بين واحد من الموالي يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت اولادا فانها تنسب الي قوم ابيهم فكذلك اذا كانت معتقة لان النسبة الي الام ضعيفة وقوله وان كان الابوان اي الوالدان معتقين راجع الي اول الخلاف يعني ان كانت الام معتقة والاب والي رجلا ففيه الخلاف واما اذا كان الوالدان معتقين فقد اجمعوا ان النسب الي قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب قال صلي الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد الي الاب في الشرف والدناة فكذلك في الولا ولان النصرة به اي بالاب اكثر قال وولا العتاقة تعصيب هو جعل الانسان عصبة ومنه قولهم الذكر تعصيب الانثي وهو اي مولي العتاقة احق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلي الله عليه وسلم للذي اشتري عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته قوله هو اخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك يعني ان شكرك بالمجازاة علي صنيعك فهو خير له لانه انتدب لما ندب اليه وشر لك لانه اوصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينقص بقدره من ثواب الاخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقي ثواب العمل كله في الاخرة لانه كفر النعمة وقوله كنت انت عصبته يدل علي ان المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه وورث النبي صلي الله عليه وسلم ابنة حمزة رضي الله عنها علي سبيل العصوبة مع قيام وارث هي بنت الميت وذلك لان النبي صلي الله عليه وسلم اعطي بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبة هو الذي ياخذ ما ابقته الفرايض واذا كان عصبة تقدم علي ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولي لان المعتق اخر العصبات علي ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك وارثا وارث هو عصبة الاستدلال باشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت انت عصبته وبالحديث الثاني اي بحديث بنت حمزة تقدم عن العصبة دون ذوي الارحام وان لم يكن له اي للمعتق عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اي تاويل قول القدوري هذا اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه وذكر والده رحمه الله تاويلين احدهما ان معني قوله صاحب فرض ذو حال سوي حال الفرض وهي العصوبة اما اذا كان فله اي لمثل هذا الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتق شي والثاني ان معناه ذو حال معه واحد كالبنت اما اذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني اوجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله لانه عصبة علي ما روينا وهو اشارة الي قوله ولو مات ولم يترك وارثا انت عصبته وهو واضح وقوله وهذا اشارة الي قوله لانه يعني عصبة يعني انما كان عصبة لان العصبة من يكون التناصر به لسب النسب او

القبيلة وبه العصبة من يكون انتصار القبيلة به وبالمولي يكون الانتصار علي ما مر في اول كتاب الولا وهو قوله وكان العرب تتناصر باشيا وقرر النبي صلي الله عليه وسلم تناصرهم بالولا بنوعيه وقوله والعصبة تاخذ ما بقي تمام الدليل وتوضيحه فله الباقي لانه عصبة والعصبة ياخذ الباقي فان مات المولي ثم مات المعتق فميراثه لبني المولي دون بناته لما ذكره في الكتاب وقوله ما قدمناه اشارة الي قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الي ان قال جر الاب ولا ابنه وقد ذكر جر المعتق ومعتق المعتق في النهاية نقلا عن الذخيرة فليطلب ثمة قوله ولان ثبوت المالكية دليل معقول علي ثبوت الولا بمن اعتق او اعتق من اعتق وتوضيحه ثبوت المالكية والقوة في الاول من جهة المعتقة وهو ظاهر وكل من ثبت من جهته شي ينسب اليه لانه علته اذ ذاك فثبوت المالكية ينسب اليها بالولا وينسب اليها من ينسب الي مولاها لان معتق المعتق ينسب الي معتقه بالولا وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمراة بخلاف النسب فانه لا يثبت لان سبب النسب فيه الفراش والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمراة المملوكة وليس حكم ميراث المعتق ميراثا مقصورا علي بني المولي بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولا لا يورث حتي يكون لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولا باعتبار النصرة فيخلفه فيه من يكون به النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث حتي لو ترك المولي ابا وابنا فالولا للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورته امراة اعتقت عبدا ثم ماتت عن اب وابن ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع فقال للاب السدس والباقي للابن لان الابوة تستحق بها كالبنوة لان الولا يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن فوجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصح رجوعا عن ميراثها به فكذا الحر ميراث معتقها ولهما ان اقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصبة وكذا لو ترك جد مولاه ابا ابيه واخاه لاب وام او لاب كان ميراثه للجد عند ابي حنيفة لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده اقرب في العصوبة ولو ان امراة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب في العصوبة الا ان عقل جناية المعتق علي اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها وجنايتها علي قوم ابيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها ولو ترك المولي ابنا وبني ابن اخر فميراثه الابن للمعتق دون بني الابن لان الولا للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعني الكبر القرب في العصوبة لا في السن علي ما قالوا الا تري ان المعتق اذا مات وترك ابنين كبيرا وصغيرا ثم مات المعتق فالولا بينهما نصفين لاستوايهما في القرب الي الميت من حيث النسب والصلب

فصل في ولاء الموالاة

اقرب فيستحق الجميع قوله ولا الموالاة عن ولا العتاقة لان ولا العتاقة لانه غير قابل للتحويل كان اقوي بخلاف ولا الموالاة فان للمولي فيه ان يتحول قبل العقد ومعني الولا قد تقدم لغة واصطلاحا وصورة هذا الولا ان يتقدم رجل ويسلم علي يدي رجل ويقول له او لغيره والي بالتي علي اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلي عاقلتك وقبل الاخر منه ولذلك شرايط احدها ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب الي غيره اما نسبة غيره اليه فغير مانع الثانية ان لا يكون له ولا عتاقة ولا ولا موالاة مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا فان قيل من شرط العقد عقل الاعلي وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرايط ثلاث اجيب بان المذكور انما هي الشرايط العامة المحتاج اليها في كل من الصورتين واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره واما حكمه فهو وجوب العقل علي عاقلة الاعلي اذا جني الاسفل واستحقاق ميراثه اذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الي تفسير خلا قوله وان كان له وارث فهو اولي منه وان كان من ذوي الارحام فانه اورد عليه بانه ينبغي ان يكون الثلث للمولي كما لو اوصي بكل ماله لاخر وله وارث معروف واجيب بانه جعله بعقد الولا وارثا عنه وفي سبب الوراثة ذو القرابة ارجح لان القرابة متفق علي ثبوتها شرعا وان اختلفوا في كونها سببا للارث وعقد الولا مختلف في ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولي عنه بهذا السبب في شي من المال بخلاف الوصية في الثلث فانها خلافة في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصية لانه ما اوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لعدم استحقاق القريب عليه وخلا قوله الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الاخر كما في عزل الوكيل فانه اورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل علي ما مر في الوكالة فما معني اشتراط توقف الفسخ ههنا علي حضرة كل واحد من الاعلي والاسفل واجيب بان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد بينهما في تقرر احدهما الزام الفسخ علي الاخر بدون علمه والزام شي علي الاخر بغير علم به نفس ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله بدون علمه وخلا قوله لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة فان عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح وحكما يصح كما لو اعتق العبد الذي وكله ببيعه فانه اورد عليه لماذا لم يجعل صحة العقد مع الثاني موجبا فسخ العقد الاول واجيب بان الولا كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولا فوقفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول ذكر ذلك كله في النهاية

كتاب الاكراه

قيل الموالاة بغير حال المولي الاعلي عن حرمة اكل مال المولي الاسفل بعد موته الي حله كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الي الحل

فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة حمل الانسان على شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اي حملته على امر يكرهه
وفي اصطلاح الفقهاء ذكره بقوله هو اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وتفسيره
ان يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو اعم من ان يكون تصرف داخل اختيارا او مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه
او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الاخر لكن لا بد من تقدير لا في او يفسد به اختياره
فذلك انواع الاكراه الثلثة وموضعه اصول الفقه وقوله مع بقاء اهليته اشارة الى كون المكره لم يسقط عنه بالاكراه لان الاكراه
بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا واما شرطه وحكمه فيأتي في اثناء الباب قال الاكراه يثبت حكمه
اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به شرط الاكراه وقوعه من قادر على ايقاع المتوعد به سلطانا كان او لصا وخوف المكره وقوعه
بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به الاكراه محمولا على ما دعي اليه من المباشرة فاذا حصل بشروطه يثبت حكمه على ما سيجيء تفصيله
ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص لان تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعد به ولا يخاف الا اذا كان المكره
قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان عندهما والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان
لان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قال المشايخ رحمهم الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان
مناط الحكم القدرة ولم يكن في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير اهل الزمان فاذا اكره على بيع ماله او شراء سلعة او الاقرار بمال له
او اجارة داره بالقتل او قطع عضو او بالضرب الشديد او بالحبس مما هو اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل ما دعي اليه ثم زال الاكراه
فهو بالخيار ان شاء امضى وان شاء فسخ لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم
والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فيفسد وان اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم
لم يكن اكراها لانه لا يبالي به نظرا الى العادة الا ان كان المكره صاحب منصب يستضر به فهو اكراه لوجود العلة حينئذ وهو
فوات الرضا فقوله وكذلك الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد اي والاقرار انما يفسد بالاكراه
بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون
حجة بخلاف ما اذا اكره على الاقرار بالف بضرب سوط او حبس يوم فاقر فهو اقرار كما في البيع الا اذا كان المكره صاحب منصب
اي عز ومرتبة فان الاجلة والشرفاء من العلماء والكبراء واصحاب المناصب يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد
اكثر مما يستنكف غيره من ضرب سياط وحبس ايام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من
حال من ابتلي به ثم اذا باع مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز
جاز والموقوف على الاجازة قبل الاجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله
لان الايجاب والقبول صدر من البائع المالك العاقل البالغ وصادف محله وهو المال لكن فات شرطه وهو التراضي قال الله تعالى
الا ان تكون تجارة عن تراض وتاثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربوا فيثبت الملك عند
القبض والبيع بشرط الخيار انما لا يفيده لانه جعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا
ثبت انه يفيد الملك عند القبض فلو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالتدبير والاستيلاد جاز ولزمه القيمة
كما في سائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزا بالاجازة كما هو اجيب بان اجازة المالك ترفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز
بخلاف سائرها فان المفسد فيه باق قوله الا انه لا ينقطع به استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري
ما اشتراه شراء فاسدا لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته
الايدي ولم يرض البائع بذلك لان الفساد للبياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحق العبد
مقدم لحاجته اما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه الله جعل البيع اي من المعتاد
يريد به بيع الوفاء وصورته ان يقول المشتري بعت منك هذا العين بما لك علي من الدين على اني متى قضيت الدين فهو لي
او يقول بعت منك هذا العين بكذا على اني اذا دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه
بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف
واشار اليه بقوله البيع الجائز المعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره
لان الفساد لفوات الرضا كما في البيع المكره عليه ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهما وان سمياه بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة
للمقاصد والمعاني فلا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه
في يده اذا كان وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلكت بغير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن
ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما تكلما بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما ان يفسخ بغير رضا صاحبه ولو اجاز احدهما
لم يجز على صاحبه ومعنى قوله هو المعتاد انهم في عرفهم لا يعهدون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى ان يرد البائع الثمن الى المشتري
ويرد المشتري البيع على البائع من غير امتناع ولا يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه ببيع او هبة ولهذا سموه بيع الوفاء لانه وفى بما عهد
من رد البيع قال فان كان قبض الثمن طوعا اي اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف

يعلم انه ص

تفصيل الاكراه

اذا

اذا قبض الثمن كان اجازة واجازة الاجازة تقوم مقام الاجازة وكذا اذا سلم المبيع طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه
دلالة الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب كرها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا اي فاسدا يوجب الملك
بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه
ضمان قيمته والفرق بينهما ان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض
وفي البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع دون البيع وان قبضه اي الثمن مكرها فليس ذلك باجازة وعلى
المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد فيكون الثمن امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك
انما يوجب الضمان اذا كان للتملك وههنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره
والبائع مكره ضمن قيمته للبائع لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة والمكره
بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح آلة له من حيث الكلام فان المتكلم بلسان الغير
لا يتصور فكان المكره دفع مال البائع الى المشتري وان شاء ضمن المشتري لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما احدث سببا للضمان
كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع باداء الضمان وان ضمن المشتري اي المشتري
كان بعد الاول نفذ كل شراء بعد شرائه لو تناسخته العقود اي تداولته لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان
قبله لان الاستناد الى وقت قبضه وقال الشارحون ان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت لي ما لهم على ذلك
فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على سياق الترديد من ضمان المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل
لا من حيث الاصالة فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك
اجيب بقوله لانه اسقاط حقه يعني في صورة الاجازة وهو اي حقه هو المانع فعاد الكل الى الجواز فان قيل ما الفرق بين اجازة
المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا اجاز بيعا من البيوع بعدما اجازه خاصة اجيب بان الغصب لا يزيل ملكه فكان بيع من
هذه البيوع توقف على اجازته لمصادفته ملكه فيكون اجازته احد البيوع تمليكا للبيع من المشتري يحكم ذلك البيع
فلا ينفذ ما سواه واما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق
المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفترق بين اجازة البيع الاول والاخر فلهذا انفذ البيوع كلها باجازته عقدا منها والله اعلم
فصل لما ذكر احكام الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله وقدم الاول
لان حق العبد مقدم لحاجته وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس او عضو من الاعضاء وغير الملجئ وهو الاكراه
بالحبس والضرب اليسير والتقييد الاول معتبر شرعا سواء كان على القول او الفعل والثاني ان كان على فعل فليس بمعتبر
ويجعل كان المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوي فيه الجد والهزل فكذلك والا فهو معتبر وعلى هذا لان
اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر بحبس او ضرب يسير لا يخاف به تلف النفس او العضو او قيد لم يحل له الاقدام على ذلك وان اكره
بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما تباح عند
الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة عند عدم الخوف على النفس او العضو حتى لو حلف على ذلك بالضرب
وغلب على ظنه ابيح له ذلك ولا يحل له ان يصبر على ما توعد به واشار الى ان الملجئ يمتاز من غيره بغلبة الظن لان الالات في احتمال
الضرب متفاوتة وليس ثمة نص مقدر فيعتبر فيه غالب راي من ابتلي به ولا معتبر بمن قدر في ذلك ادنى الحد وهو اربعون
فقال ان تهدد باقل منها لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه الزجر لا الاتلاف ولان
ذلك نصب المقدار بالراي وهو لا يجوز فان صبر حتى اوقعوا به اي قتلوه او اتلفوا عضوا منه ولم يتناول وعلم بالاباحة لو
اثم لما ابيح من حيث ان الحرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن او العقل او العرض وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن
كان بالامتناع عن الاقدام معاونا لغيره على اهلاك نفسه فياثم كما في حال المخمصة وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ياثم لان الاقدام
على ذلك رخصة اذ الحرمة بحيفة الميتة او خمر وهي قائمة فاذا امتنع كان اخذا بالعزيمة فلا ياثم قلنا لا نسلم ان الحرمة قائمة لان
الله تعالى استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا
فكان البيان ان المستثنى لم يدخل في صدر الكلام فلا يحرم حينئذ فكان اباحة لا رخصة فامتناعه من التناول كامتناعه من تناول
الطعام الحلال حتى تلفت نفسه او عضوه فكان اثما لكنه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لانه لم
يختص بمعرفة الفقهاء فيعذر اوساط الناس بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب فان قيل اضافة الاثم الى
ترك المباح مما يأبى الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه
قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام قال وان اكره على الكفر بالله اعلم ان كل ما لا يعتبر اكراها
في تناول الميتة والخمر لا يعتبر اكراها في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد فاذا اكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس او
العضو لا يسع الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له ان يظهر ما امروه به من اجراء كلمة الكفر ولكنه يوري والتورية ان يظهر خلاف
ما يضمر في ان يكون المراد بها ههنا اطمينان القلب مجاز ان يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين فان اظهر ما امر به موريا كان او

بدون م

بدون م

عذر على المعنى الثاني وقوله قلبه مطمئن بالايمان لم يكن لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم
كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان وقصته معروفة
ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم فعد اي عد الى طمأنينة القلب لا الى الاجراء او الطمأنينة جميعا لان ادنى درجات الامر الاباحة فيكون
اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا ينكشف حرمته وموضعه اصول الفقه قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه
الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا
لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيميل
الى اباحته فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على مثل ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله
عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله اي فيه كله مثل زائده وهو رفيقي في الجنة وقصته معروفة ايضا ولان الحرمة باقية لتناهي قبح الكفر
بقاؤها يوجب الامتناع فكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر لان الحرمة هناك لم تكن باقية للاستثناء
كما تقدم واعترض بان اجراء كلمة الكفر على لسانه حالة الاكراه وان وضع عنه العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم
الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر
ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة
ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم
عنه بدليل شرعي يوجب تاخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ولا دليل فيما نحن
فيه على ذلك وعن هذا ذهب ابو بكر الرازي الى ان الامر في قوله عليه السلام فان عادوا فعد للاباحة وقولهم ان الكفر مما لا ينكشف
حرمته صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها ولا نسلم انه كفر قال وان اكره على اتلاف مال مسلم وان اكره رجل على
اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه جاز له ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة
وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة المكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل لان المكره يمكنه
ان ياخذ المكره ويلقيه على المال ويتلفه وقوله فيما يصلح احتراز عن الاكل والتكلم والوطء فانه فيها لا يصلح آلة له وان
اكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه موريا كان او غيره بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح
لضرورة ما فكذا بالاكراه وهذا لا نزاع فيه واما وجوب القصاص ففيه اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما ان يجب على المكره
والمكره جميعا او لا يجب على واحد منهما او يجب على المكره وحده او على العكس والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول ابي يوسف رحمه الله
والثالث قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والرابع قول زفر رحمه الله له ان الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحسا
معاين ما هدر لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم فايجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال
الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقررا عليه شرعا فامكن اضافته الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره
ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا اي في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدوا على
رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهد عنده للتسبيب ولقائل ان يقول في كلام
المصنف تناقض لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا للشافعي وهو يضيفه الى غيره
ايضا والجواب ان دليله يدل على جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي رحمه الله يضيفه الى الغير تسبيبا فلا ينافي
ولابي يوسف رحمه الله ان القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر رحمه الله ان القتل
الحاصل من المكره والى ابي حنيفة ومحمد لان تأثيم الشارع يدل على تقرر الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على انه كالآلة
والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص والحدود تندفع بها ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا للحياة والمحمول
على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له
وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة لاضيف الفعل الى المكره كالقتل اجاب بقوله
ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل في حق الاثم مقصورا عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل الى المكره
من حيث اتلاف مالية العبد حتى وجب عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضا لم يعتق
العبد وكما نقول في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكوة حتى تحرم كذا هذا
واذا ظهر ان المكره آلة للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من اصابته مخمصة فقتل انسانا واكل لحمه حتى بقي هو حيا ايثارا
الحياة بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكره لانه ثمة لم يكن آلة له فيضاف الى نفسه واعلم ان صاحب النهاية قال لو
كان هذا المكره الآمر بالغا عاقلا او معتوها او غلاما غير بالغ فالقود على الآمر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ شيخي علاء الدين
عبد العزيز رحمهما الله الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرها ونقل عن ابي اليسر في مبسوطه ولو كان الآمر صبيا
او مجنونا لم يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي وهذا المجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه قال
وان اكرهه على طلاق امرأته وان اكره الرجل على طلاق امرأته او على عتق عبده ففعل ذلك وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي

فان

ان تصرفات المكره كلها باطلة الا ان يكون اكراها بحق وقد تقدم دليل الفريقين في الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه يصلح آلة له فيه من
حيث الاتلاف فيضاف اليه ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له في حق التلفظ
فكذا في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ قد ينفك عنه في رجله كما في اعتاق الصبي فيصح
ان يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آلة صحت الاضافة اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية عليه
اما وجوب الضمان ففيما اذا قال المكره اردت بقولي حر عتقا مستقبلا كما طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن
المكره قيمة العبد لانه اتى بما امر به على وفق ما اكرهه وكذا اذا قال لم يخطر ببالي سوى الاتيان بالله وان قال خطر ببالي الاخبار
بالحرية فيما مضى كاذبا واردت بذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما اكره عليه فكان طائعا في الاقرار فلا
يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيئا لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغي ان لا يضمن
المكره لانه اتلفه بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب انا لا نسلم ان الولاء عوض لان سبب العتق على ملك المولى
فكيف يكون المكره معوضا عما اتلفه بما لا يعلق له به اصلا سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو اكره على اكل
طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض او حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرها لان منافعه بعد مال عند الخروج
والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الا ترى انه اذا شهدا بالولاء ثم رجعا لا يضمنان واما عدم السعاية فلانها انما تجب للتخريج الى الحرية كما
هو مذهب ابي حنيفة ان المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا او لتعلق حق الغير ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شيء
من موجبي السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن
به وهذا على مذهب ابي حنيفة سالم عن النقض واما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب
عليه السعاية وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه ويزاد لهما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه ولا
يرجع المكره على العبد بالضمان لانه هو اخذ باتلافه يعني ان المكره انما ضمن من حيث انه جعل متلفا للعبد حكما فكانه قتله والمقتول
لا يضمن شيئا قال ويرجع بنصف مهر المرأة الجواب فيما اذا اكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا الا انه لم يدخل بها
نظير الجواب فيما اذا اكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره الا ان الرجوع ههنا بنصف الصداق
وثمة بقيمة العبد وان لم يسم رجع على المكره بما لزمه من المتعة لان العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف اما في العتق فقد تقدم واما
في الطلاق فلقوله لان ما عليه اي على الزوج كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغير اكراه
او بالارتداد والعياذ بالله وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرها فكان على شرف السقوط تأكد به والتأكيد شبيه بالايجاب فكان ايجاب
ذلك على المكره ابتداء فكان اتلافا للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف
بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن
بالمال الا ترى ان الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل
الوكيل اي طلق او اعتق فهو جائز والقياس ان لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يؤثر في
فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة اما انه كالشرط الفاسد فلما تقدم انه يعدم الرضا
فيفسد به الاختيار فصار كانه شرط شرطا فاسدا فانه يفسد العقد لا يمنع عن الانعقاد واما ان الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة
فلانها من الاسقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل اسقط واذا لم يفسد
كان تصرف الوكيل نافذا ويرجع المكره على المكره بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الاكراه
وقع على الوكالة وزوال الملك لم يتعلق بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف اليه كما في الشاهدين شهدا ان فلانا
وكل فلانا بعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان ان المقصود للمكره زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد
حصل ذلك فكان ما فعل وسيلة الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه قوله والنذر لا يعمل فيه قوله
الاكراه وما لا يعمل فيه ضابط ذلك ان كل ما لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان الاكراه يفوت الرضا
وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ
لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان اكره على ان يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك ولا يرجع به على المكره بما لزمه لانه لم
يطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا اذا اكره على يمين او حلف انعقدت او على ظهار فظاهر صح وكذا على رجعة ففعل صح
او على ايلاء او على فيء في الايلاء لان الفعل صح لان الرجعة والايلاء والفيء يصح مع الهزل وما يصح مع الهزل لا يحتمل الفسخ
فان اكره على اعتاق عبد عن كفارة اليمين او الظهار ففعل اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه امره بالخروج عما لزمه
وذلك منه حسبة لا اتلاف بغير حق وان عين عبدا لذلك ففعل عتق ولم يجزه عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لانه اتلف عليه
مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه واذا ثبت له الرجوع لم تكن كفارة لانها ليست بعوض على احد وان ترك التي آلى منها
اربعة اشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من القربان في المدة فاذا لم يفعل
كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق وان خالعها لم يرجع على المكره بشيء لانه اتى بضد ما اكرهه عليه واذا اكره على ان يخالع امرأته

فبقي صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل او يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين
لا يعمل فيه الاكراه فلو كان مكرها على القبول دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام بازاء ما سلم لها من البينونة ولا شيء على المكره
للزوج لانه اتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به فان قيل ان قالوا هي غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق
هل يرجع به الزوج على المكره لتاكيده ما كان على شرف السقوط اولا قلنا لا يخلو اما ان ساق الزوج المهر كله اليها اولا فان ساق
رجع على المعتق بنصفه بالاتفاق اما عندهما فظ لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح
واما عند ابي حنيفة رحمه الله فانه وان اوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الاكراه لا يصح وان لم يسق رجع عندهما خلافا
له لانه غير مكره في هذه الصورة على البراءة لكنها براءة قال وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد قال ابو حنيفة رحمه الله
اولا ان اكرهه احدهما الزاني فزنى وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الالة وذلك يكون للاباحة وذلك
دليل الطواعية بخلاف المراة فانها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد
عليه اذا كان المكره هو السلطان لان الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لان الاثر كان حاصلا الى ان حصل خوف التلف
على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه وانتشار الالة
لا يدل على عدم الخوف لانه امر طبيعي ينتشر من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يلزمه الحد
واما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في اول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه
قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه ملجيا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غيره
السلطان اكثر تحققا لان السلطان يعلم انه لا يفوته وهو ذو اناة في امره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيستعجل في الايقاع
ووجه قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجي اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان
اتفق في موضع من ذلك لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب له المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان
عندنا بفعل واحد عندنا وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطي في غير الملك لا ينفك عن احدهما فاذا سقط الحد وجب المهر
اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة اي العقل او دعت له بذلك اما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها واما الثاني
فلان الاذن له ليس يحل الوطي فكان اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا وان اكره على الردة لم تبن امراته منه
لان الردة تتبدل الاعتقاد الا ترى ان قلبه لو كان مطمئنا بالايمان لم يكفر وفي تبدله شك وكان الايمان ثابتا بيقين فلا يثبت الردة
بالشك ولا ما يترتب عليها من البينونة ويجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما ان يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد
ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب
لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا يثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك فان قالت
المراة قد بنت منك وقال الرجل قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا وفي القياس القول قولها
فيقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوي فيه الطائع والمكره كما في الطلاق وجه
الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الفرقة حتى يكون صريحا
يقام اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة عما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد
المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة ما ربه ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام
معناه فلهذا كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل ان يكون لفظه موافقا اعتقاده
واحتمل ان لا يكون رجحنا الاسلام في الحالين قيل اي في حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام لان الاسلام يعلو ولا
يعلى فلم يجعل كافرا في الصورة الاولى وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيحا للاسلام وهذا في حق الحكم اما بينه وبين الله تعالى
اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم وهذا اشارة الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي حنيفة رحمه الله
ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الحكم وليس ذلك مذهب اهل اصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا
ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة اي شبهة عدم الارتداد لجواز ان يكون التصديق غير قائم
بقلبه عند الشهادتين والشبهة دارئة للقتل قوله ولو قال الذي اكره معطوف على قوله قال هو قد اظهرت ذلك يعني لو
قال في جواب قولها قد بنت منك اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه
لانه اكره على الانشاء دون الاقرار ومن اقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر
هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه ولو قال اردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما
مضى بانت قضاء وديانة لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر هذا بباله امكنه الخروج عما ابتلي به
بان ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل واتى بالكفر كان كمن اجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف فيحكم
عليه انه كفر فتبين امراته قضاء وديانة وفي وجه يكفر فيهما جميعا وفي وجه يكفر قضاء يفرق القاضي بينه وبين امراته ولم يكفر ديانة وذلك
بانه اذا اجرى فاما ان يخطر بباله غير ما طلب منه اولا والثاني هو الاول والاول ان خطر بباله ان يقول ذلك ويريد الاخبار عما
مضى

مضى كاذبا واراده وهو الثالث وان لم يرده وهو الثاني واذا ظهر لك هذا امكنك ان تخرج مسئلة الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه
وسلم نعوذ بالله من ذلك كله وقوله لما اشاره الى قوله لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية الاختيار عن الجري على موجب اختياره الا ان الاكراه لما كان اقوى تاثيرا
لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان احق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله وهي احد قطبي امر الديانة
والاخر التعظيم لامر الله وفي اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون
واسبابه مصادر هذه الاسامي والحق به المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق ولما كان اسبابه ما ذكرنا لم
يجز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ما واما الذي لا يكون
مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجي اما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان
عقله واهلية التصرف انما هي بالعقل لكن اهليته مترقبة واذن وليه اية اهليته واما العبد فله اهلية لكنه حجر عليه لرعاية
حق المولى كيلا يتعطل عليه منافع عبده فانه لو لم ينفذ الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه ديون فياخذ اربابها اكسابه
التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه وكيلا تملك رقبته بتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب غير ان المولى لما اذن فقد رضي بفوات
حقه والمجنون الغالب لا يجامعه اهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال ومن باع من هؤلاء شيئا اراد بهؤلاء الصبي والمجنون والعبد
الذي يعقل ويقصد وتصرفهم فيما يتردد بين النفع والضر ينعقد موقوفا اذا كان يعلم ان البيع سالب والشرى جالب ويقصد لافادة
هذا الحكم اعني كون البيع سالبا والشرى جالبا وهو احتراز عن الهازل فان بيعه ليس لافادة هذا الحكم والولي بالخيار ان شاء اجاز
اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه
وكلامه ظاهر وسواء باعا او ردوا الا على الشرى وهو ان الاصل في الشرى النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي
فكيف ينعقد موقوفا على الاجازة واجاب بان عدم التوقف انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا كما في شرى الفضولي وههنا لم يجد ذلك
لعدم الاهلية في الصبي والمجنون او لضرر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره انما يرد على لفظ مختصر القدوري
حيث قال ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى اما ههنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله او اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور
في القدوري مذكورا ههنا فاورد الاشكال وهو موجود في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي وكذا ذكره شيخي في شرحه قوله وهذه
المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشرى
اي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق
والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد واما ما يتمحض منها نفعا كقبول الهدية والصدقة
فانه لا حجر فيه عليهم على العموم قال قوله دون الافعال يعني ان المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الافعال لان الافعال
لا مرد لها حتى ان ابن يوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذا العبد والمجنون اذا اتلف
شيئا لزمهما الضمان في الحال لان الافعال توجد حسا ومشاهدة ويحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن ان يجعل
كلا اتلاف خلاف الاقوال لان اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع والقصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي
والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشروط به واما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى
بخلاف اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب
من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن
دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن ان تجعل غير
موجودة والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الا ترى ان القول من
الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هؤلاء الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها
وقوله الا ان يكون استثناء من قوله ان الافعال لا مرد لها يعني ان الافعال اذا وجدت لا مرد لها لكن اذا كان فعلا يتعلق به حكم
يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحد والقصاص يجعل عدم
القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحد والقصاص قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما اراد
بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم من قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور
ان هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الاقوال لئلا يتناقض القوليات في موضع واحد قوله لما بينا اشارة الى قوله والقصد من
شرطه ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه رواه الترمذي عن
ابي هريرة رضي الله عنه والاعتاق يتمحض مضرة لا ملك له والطلاق وان امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة
الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المآل فلان
علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكن
ان يقف على مصلحة في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته

بمباشرته اي الولي بخلاف ساير العقود وان اتلفا شيا بان لتفريع الافعال علي الاصل المذكور ومعناه ظاهر قوله وان حيط المايل
بعد الاشهاد يعني انه لا قصد من صاحب الحايط في وقوع الحايط ومع ذلك يجب الضمان وقوله لما بينا اشارة الي قوله بخلاف الاقوال
والعقد من شرطه وقوله فاما العبد فاقراره نافذ معطوف علي قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناه
ظاهر وقوله لما روينا اشارة الي قوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر باب
الحجر للفساد اخر هذا الباب لان ما تقدم متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري
الانسان فتحمله علي العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقها علي تبذير المال واتلافه علي
خلاف مقتضي العقل والشرع قال ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر علي الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جايز وان
كان مبذرا مفسدا متلف ماله فيما لا غرض فيه ولا مصلحة كالالقا في البحر او الاحراق بالنار وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله
يحجر علي السفيه ويمنع عن التصرف في ماله غير ان الحجر عليه عندهما يوثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة
والاقرار بالمال وما لا يتصل بماله كالاقرار بالحدود والقصاص او يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فالحجر لا يعمل فيه
حتي صح منه هذه التصرفات بعد الحجر علي ما سيجي واستدل المصنف بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا علي الوجه الذي يقتضيه العقل
وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا الحجر عليه بل اولي لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي هذا حقيقته والدليل علي
صحة هذا منع المال منه لان الثابت في المنع منه لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده وهذا الذي ذكره من الدليل انما يتم
علي قولهما واما علي قول الشافعي فلا يصح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه والفايدة تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا
في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا حجر عليه عندهما ولابي حنيفة رحمه الله انه مخاطب عاقل وكل من هو
كذلك لا يحجر عليه كالرشيد وقوله نوقض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه اجيب بانه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الي الكامل
والعبد ليس بكامل في كونه مخاطبا لسقوط الخطابات الكاملة كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات
الغير المالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الي ذلك حر سقط الاعتراض وهذا اي عدم الحجر لان
في الحجر سلب ولايته وفي سلب ولايته اهدار ادميته وهو ظاهر قوله ولا يصح القياس علي قولهما جواب عن قولهما ولهذا منع عنه
المال وتقريره ان منع المال منه انما هو بطريق العقوبة عليه لكونه زجرا له علي التبذير والحجر ابلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس
عليه قوله ولا علي الصبي جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي اي لا يقاس علي الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع
مرة باعطاء القدرة لما ذكرنا انه عاقل والجري علي اختلافه بسوء اختياره فكان قياس قادر علي عاجز وهو فاسد وقوله ومنع المال
مفيد جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعني ان منع المال بدون الحجر مفيد لان غالب السفه لا يكون الا في الهبات والصدقات
وذلك لا يقف علي اليد اي لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شي يمتنع عن ذلك وان فعل لم ينفذ قوله واذا حجر القاضي علي منه
الحجر ومعناه ان القاضي اذا حجر علي السفيه علي رايه ثم رفع حكمه علي قاض اخر فابطل حجره واطلق جاز تصرفه وكان الواجب ان لا يجوز لان
قضاه لاي مجتهد افتيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضي فتوى لا قضا لان القضا يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له
ههنا سلمنا وجود المقضي له علي احتمال بعيد وهو ان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن الحجر نفس هذا القضا مختلف
فيه فان ابا حنيفة لم يقل به فصار محلا للقضا يحتاج الي امضا فلو رفع تصرفه بعد الحجر الي القاضي الحاجر او الي غيره فقضي ببطلان تصرفه
وصحة الحجر ثم رفع الي قاض اخر نفذ ابطاله لاتصال الامضا به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم ان عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه
ماله الي خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لانه لا حجر عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يونس الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله
حتي يونس رشده ولا يجوز تصرفه فيه وعبارته في الجامع الصغير لا يدفع اليه ماله حتي يونس رشده ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقي ببقايه كالصبي ولابي حنيفة
رحمه الله ان منع المال عنه بطريق التاديب وهذا يمكن ان يوجه علي وجهين احدهما ان يقال سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول
هو المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي ان يكون محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير
جدا اعتبارا باقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثني عشرة سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب لا فايدة
في المنع فلزم الدفع والثاني ان نجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل علي ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال عنه
بطريق التاديب الي اخره وقوله ولان المنع دليل اخر وتقريره ان المنع بعد البلوغ اذا لم يونس رشده باعتبار اثر الصبي لان العادة
وجد انه في اوايل البلوغ ثم ينقطع بتطاول البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة لان مدة البلوغ من حيث السنة
ثماني عشرة سنة وما قرب من البلوغ فله حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتدا علي ما قال
النبي صلي الله عليه وسلم بقوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله ان بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع
عنه المال لانه ليس باثر الصبا فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه اجيب بان الشرط يوجب الوجود
عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به ادني ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذ اول الاحوال ان يحدث رشد ما
لصيرورة فرعه اصلا فكان متناهيا في الاصالة قال ثم لا يتاتي التفريع علي قوله ان اراد ان التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره
بقوله عليه السلام فاذا باع لا ينفذ لا يتاتي علي قول ابي حنيفة وانما التفريع علي قول من يري الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع لنظر
فايدة

فانه يحجر عليه فيكون موقوفا فان راي الحاكم فيه مصلحة بان كان بمثل القيمة لو كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده لم يخف لانه
فيه ضرر ابه لخروج المبيع من يده بدون ان يكون في يده شي من البدل واستدل علي الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد
وجد وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية
بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحري المصلحة فيه كما في الصبي الذي
يعقل البيع والشرا ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رحمه الله لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين
الضرر وهو اهدار ادميته والنظر له في ابقا المبيع له علي ملكه كما كان فلا بد من مرجح وهو القضا وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا
عنده اذ العلة عنده السفه لمنزلة الصبا وهو موجود قبل القضا فيترتب عليه الحكم وعلي هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها عند ابي
يوسف لا يصير محجورا حتي يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه وان اعتق عبدا يعني بعد الحجر نفذ عتقه عندهما وكذلك عند ابي
حنيفة رحمه الله فلم يخص قولهما بالذكر احترازا عن قوله لان عند ابي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه
لانه لا تاثير للحجر عنده بل احترازا عن قولهما في ساير التصرفات التي يوثر فيها الحجر كالبيع والشرا والاقرار بالمال وعن الشافعي فانه يقول
لا ينفذ كما ذكر في الكتاب وذكر ان الاصل عندهما ان كل تصرف يوثر فيه الهزل يوثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معني الهازل لان كل
واحد منهما يخرج كلامه لا علي نهج كلام العقلا لاتباع الهوي ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق
مما لا يوثر فيه الهزل فيصح منه وفيه بحث من اوجه الاول ان السفيه لو حنث في يمينه واعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي
او غيره لم ينفذه فهذا مما لا يوثر فيه الهزل بقوله صلي الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني
ان الهازل اذا اعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يوثر في وجوب
السعاية والحجر اثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه لان في حق الهازل الصحيح فيه انه يقال لقصده اللعب به دون
ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل والجواب عن الاول ان القضا بالحجر عن التصرفات المالية في رجحان الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ
الكفارات والنذور ولان في تنفيذها اضاعة المقصود من الحجر لامكان ان يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجي
في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوي فرق بينهما والاصل عنده ان الحجر بالسفه
بمنزلة الحجر بسبب الرق في انه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من ان يكون اهلا لالزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كان الرق لذلك
فلا ينفذ بعده شي من تصرفاته الا الطلاق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير في
المحل الذي يلاقيه تصرفه حتي ان تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وههنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه
تصرفه فكان نافذا فاذا صح عندهما كان علي العبد ان يسعي في قيمته لان الحجر لمعني النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر لعدم قبوله
الفسخ فيجب رده برد القيمة كما في الحجر علي المريض لاجل النظر لغرمايه وورثته فاذا اعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمايه او
لورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لمعني النظر الي اخر النكتة وعن محمد انه لا يجب عليه السعاية لانها لو وجبت
لوجبت حقا لمعتقه وذلك غير معهود في الشرع وانما المعهود ان يجب لغير المعتق كما في اعتاق احد الشريكين فانه يسعي للساكت
ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته لانه لما ملك انشا حقيقة العتق فلان يملك انشا حقه كان اولي
الا انه لا تجب السعاية في حق المولي لانه باق علي ملكه والباقي علي ملك المولي لا يستوجب المولي عليه دينا فان مات ولم يونس منه
رشد يسعي في قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا تري ان مصلحا لو دبر عبده
في صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلي العبد ان يسعي في قيمته مدبرا للغرمايه قيل ينبغي ان يسعي في قيمته قنا لان العتق حصل
بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو اعتقه واجيب بان الاصل ان المعلق بالشرط ليس بسبب قبله
الا انه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا يظهر سببيته في ايجاب السعاية عليه قنا وانما يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق
بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعي في ثلثي قيمته لان التدبير وصيه وفيها يسعي
العبد كذلك واجيب بانه وصيه من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا تري ان الرجوع في الوصيه صحيح دون التدبير ولو
ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا وكانت له ام ولد له لاحتياجه الي ذلك لابقا نسله وابقاؤه من
الحوايج الاصليه لحياة ذكره لان ابقا الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد فان مات بعد هذه
الدعوة كانت حرة لا سبيل عليها لاحد وان مات مديونا ولم يكن معها ولد اي ان لم يعلم لها ولد منه وقال هذه
ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لان الدعوة حينيذ كانت دعوة تحرير فلا يقدر علي بيعها فان مات سعت في جميع قيمتها
لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف ما اذا كان ولد منها لان الولد شاهد لها في ابطال حق الغير فكذا في حكم دفع الحجر عن تصرفه ونظيره المريض اذا ادعي ولد جاريته
علي هذا التفصيل يعني ان يكون معها ولد او لم يكن الي اخره قال وان تزوج امراة جاز نكاحها كلامه واضح وقوله وصار
كالمريض مرض الموت يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا ان الزيادة في المريض يعتبر من الثلث
وههنا غير معتبره اصلا وقوله وكذا اذا تزوج باربع نسوة يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة سوا تزوج بهن في عقد واحد او

أي كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فانه يجب تسمية مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة لما بينا يعني قوله لانه مضطر وان
النكاح وبهذه المسئلة يعتضد ابو حنيفة رحمه الله على انه لا فائدة في الحجر لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا
اعظم من اتلافه بطريق البيع اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزوج والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله
كل ذواق مطلاق قوله ويخرج الزكاة من مال السفيه والاصل في هذه المسائل ان ما اوجبه الله عليه من امر اوجبه الله عليه كالزكاة
وحجة الاسلام او كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهو والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر في اسقاط
شيء من حقوق الشرع عنه ولا يبطل شيئا من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البينة عليها وعلى القريب لان
اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزمه شيء الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا على ثبت النسب قبل قولهما لان كل واحد
منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يؤثر في معنى الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا بد من اثبات عدة المعتدة له
والاقرار بالزوجة صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة وقوله وهذا اي ما ذكرنا مما اوجبه الله وما كان من حقوق الناس بخلاف ما اذا حلف
او نذر يعني ما اوجبه على نفسه حيث لم يلزمه المال بل يكفر عن يمينه وظهاره بصوم لكل حنث ثلاثة ايام متتابعات وعن كل ظهار شهرين
متتابعين وان كان مالكا للمال حال التكفير لانه اي كل واحد مما يجب بفعله اذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير فانه لو فتح الباب
ويضيع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فاي يصح مع القدرة عليها اجيب بان الاستطاعة منتفية
لان دلائل الحجر يوجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار قوله وان اراد حجة الاسلام ظاهر
قوله ولو اراد عمرة واحدة استحسانا كذلك والقياس ان لا يعطي نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو اراد الخروج للحج تطوعا
فان جنى جناية فان كانت مما يجري فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم يكن ولزمه الدم يؤدي اذا صلح فان مرض واوصى
وقيد بالمرض باعتبار ان الوصية لا تكون الا في المرض فان السفيه الصحيح اذا اوصى بوصية فحكمها كحكم المريض والقياس ان لا تنفذ
كما لو تبرع في حياته واستحسنوا في اداء القرب وما يتقرب الى الله به ان يكون من الثلث لان نظره فيه لانه وجوبها بعد وقوع
الاستغناء عن المال في امر دنياه وقد لا نظر له في المنع وانما النظر له في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك وقد ذكرنا
من التفريعات اكثر من هذا في كفايات المنتهي فمن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يضيف عندنا
سواء الا في اربع مواضع احدها انه يجوز للاب ولوصي الاب ان يتصرف على الصغير يشتري له مالا ويبيع ولا يجوز تصرف الاب ولا
وصي الاب على البالغ السفيه الا بامر الحاكم والثاني انه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث انه يجوز عتاقه
ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه والرابع ان الذي لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره وهذا السفيه اذا دبر
عبده صح تدبيره قوله ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي يحجر عليه
هذا الاختلاف على ان الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندهما للنظر في ماله
فاذا اصلح ماله لم يبق عليه حجر وذلك لان الله قال فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم نكر الرشد وهو باطلاقه يقتضي
يتناول القليل والكثير ومن اصلح في ماله فقد اونس منه الرشد ولانه اهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف
وقد قررناه فيما تقدم يعني في اول كتاب النكاح ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي على من ليس بسفيه لكنه متغفل يغبن
في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على
حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارة بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام واجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا
تؤتوا السفهاء اموالكم لانه يتلف المال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد وردت بان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه

فصل في حد البلوغ

البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر احد
اسباب الحجر وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قال ——— بلوغ الغلام بالاحتلام الحلم بالضم ما يراه النائم
يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ والاصل هو الانزال قال الله تعالى فاذا بلغ الاطفال
منكم الحلم فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع
عشرة سنة عند ابي حنيفة وقالا اذا اتم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي وكلامه ظاهر
لا يحتاج الى الشرح وانما قال وهذا اقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنان وعشرون وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضي الله عنه
قوله واذا راهق الغلام او الجارية يقال رهقه اي دنى منه وصبي مراهق اي دان للحلم واشكل امره في البلوغ لم يعلم ذلك منه
فقال قد بلغت فالقول قولهما ثم قيل انما يعتبر قولهما بالبلوغ اذا بلغ اثنتي عشرة سنة او اكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر
يكذبه وقد اشار الى ذلك بقوله فادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين والله اعلم

باب الحجر بسبب الدين

الدين ايضا من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة
المركب فلاجرم اخر تاخيره وينبغي للقاضي ان يشهد انه حجر عليه في ماله احتياطا لنفي التجاحد او وقع وان تبين ان الحجر كان بسبب
الدين لانه مختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب او غيره حتى يعلم انه لو تصرف في الحادث نفذ وان تبين من الحجر
لاجله باسمه لانه ينتفع به الغرماء ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته وابو حنيفة رحمه الله لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر

فوق

فوق ضرر الخاص فلا يتحمل الاعلى للادنى فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى
ان لو كانا في شخص واحد فالجواب ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس يلحق ضرر المديون مرارا شرعا ولو لم يكن اعلى ما اندفع
به ضرر الدائن واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من ضرر الدائن واذا كان كذلك فان كان له مال يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر
ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه
حجر القاضي عليه ومنعه التصرفات وكلامه ظاهر ومعنى قوله باقل من ثمن المثل ان يبيع بالغبن يسيرا كان او فاحشا وقوله التلجئة
موهومة لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به اهلية الانسان ويرتكب البيع بلا تراض ولان قوله والبيع ليس بطريق متعين لذلك لانه يمكنه
الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بخلاف الجب والعنة فان التفريق هناك
متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف
ناب القاضي منابه في التفريق قوله والحبس لقضاء الدين جواب عن قولهما حتى يحبس يرفع السؤال لاجله اي لاجل البيع وتقريره سلمنا
لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين باختياره من الطريق الذي ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع
ماله بنفسه قوله كيف اي كيف صح البيع ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بلا غير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا
لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع قوله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وانما خصه بالذكر وان كان ذلك بالاجماع لان الشبهة
ترد على قوله لانه لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض فكان ينبغي ان لا يجوز ايضا لانه نوع من البيوع وهو بيع الصرف فقوله
عملا بالشبهين قيل انه لم يفلس حيث لم يجعل للغرماء ولاية الاخذ مع قصوره ليس للقاضي ثمة فعله وتبايع للدين النقود حاصله
ان القاضي نظر فينبغي ان ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان انظر له وقوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد
قضاء الديون يعني اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان الاول لمتلف عليه اسوة لسائر الغرماء
لانه مشاهد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وقوله وان لم يكن له اي للمحجور حرفة تحرزا عن هلاكه لانه لا يجوز اهلاكه لمكان الدين الا ترى انه
لو توجه الهلاك اليه بالمخمصة كان له ان يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لمال الغير وعن ابي يوسف انه لا يخرج من السجن في هذه
الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن
الاكتساب في الحبس لان فيه نظرا الى نيل جانب المديون لانه ينفق لنفسه وعياله ولرب الدين ولانه اذا فضل منه شيء يصرف ذلك
اليه وقوله ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس اي لا يمنعهم من ان يدوروا معه اينما دار ويلازمونه ولا يمنعونه من التصرف
والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ووجه التمسك ان الحديث مطلق في حق الزمان
الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله وقوله يقسم بينهم بالحصص اي ياخذ كل واحد منهم بقدر حصته بالدين حتى اذا اخذوا
فضل كسبه بغير اختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه لثلاثة نفر لواحد منهم خمس مائة ولآخر ثلثمائة ولآخر
منهم مائتان وماله خمس مائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم امواله بينهم قال اذا كان المديون
حاضرا فانه يقضي ديونه بنفسه وله ان يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه
لم يتعلق به حق احد فيتصرف فيه على حسب مشيئته وان كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء
بالحصص اذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله بينة اليسار تترجح اليسار اسم للايسار من ايسر اي استغنى
والاعسار مصدر اعسر اي افتقر وفي بعض النسخ على بينة الاعسار يعني للاعسار قال في المغرب وهو خطأ وقوله لانها اكثر اثباتا
لان بينة الاعسار تؤكد ما دل عليه غيره اذ الاصل هو العسرة فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة لا
يمنعونه الى آخره تفسير للملازمة ولا يجلسه في موضع لانه حبس وليس يستحق عليه وعن محمد انه قال للمدعي ان يحبسه في مسجد حيه او في
بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك بغير حاجة فيتضرر المدعي ولو دخل داره لحاجة او في بيته لغذاء او لغائط لا يتبعه
بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لابد له من موضع خلوة وعن هذا قيل اذا اعطاه الغذاء واعد له موضعا لاجل
الغائط له ان يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ
في حصول المقصود لاختياره الاضيق والاشد عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول
داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه وفي منعه عن الاكتساب بقدر قوت يومه ولعياله والدائن الرجل لا يلازم المديونة لا
ستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امينة يلازمها قال ——— فان افلس وعنده متاع لرجل بعينه اذا اشترى متاعا
من رجل فافلس والمتاع باق في يده فصاحب المتاع اسوة الغرماء فيه وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي بطلب البائع على
المشتري حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن والعجز يوجب حق الفسخ
قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة فان قيل قياس مع وجود فارق وهو ما ذكره
وذلك لان الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف البيع فانه عين يرد عليها الفسخ اجاب بقوله وصار كالسلم يعني لا نسلم
ان كونه دينا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا انقطع قبضه بانقطاعه عن ايدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ
ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن ما هو غير مستحق بالعقد لانه يوجب الفسخ العجز عن تسليم العين المعقودة من الدراهم

عا

الملازمه

الف درهم

والدنانير وهو ليس بمستحق بالعقد وان المستحق به وصف في الذمة اعني الدين والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذ لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كما كان المشتري مليا وتوضيح ذلك ان موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به دينا في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بينه بين المفلس والملي فان قيل هذا استدلال في مقابلة ما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فوجد البائع عنده متاعه فهو احق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد فالجواب انه معارض بما روى الخصاف باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو اسوة غرمائه فيه وتاويل حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل ما ذكرتم من الدليل ان صح بجميع مقدماته لزم ان لا ينفسخ العقد اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد اجيب بانا لا نسلم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل باذا عجز المكاتب عن اداء البدل فان موجب العقد لم يتغير وللمولى ان يفسخ لان موجب العقد فسخ ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد قوله وبعض العين جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب ان لا تبرا ذمة المديون بدفع المنقودة وتقريره ان قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشرع العين بدلا عنه اذ قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث انه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الاخر وصف فلمعنا ان قصاصا هذا هو الحقيقة اي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين فيجب اعتبارها ما لم يتعذر وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم فانه لا يمكن تحقيق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فيجب ان يجعل العين المقبوض في مقابلة ما في الذمة عين ما في الذمة وكان العجز عنه عجزا عما اوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله اعلم

كتاب المأذون

اي هذا كتاب المأذون لما ذكر كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر وهو في اللغة عبارة عن الاعلام وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا فان المولى اذا اذن لعبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه والعبد بعد ذلك متصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى انحجر عنه فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه فقوله واسقاط الحق الى اخره كالتفسير لقوله فك الحجر وقوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعي رحمه الله فان الاذن عنده توكيل وانابة ووضح المصنف رحمه الله كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية وانها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على انه اسقاط حق المولى لا غير اذ الاسقاط لا يتوقف كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما انه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا وصح كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا لان اول تصرف يباشره العبد المأذون الشرى لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشرى متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء كان الطلب حبس وذمته خالص حقه لا حق له ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشرى حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضى بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد غير مفيد فلا يعتبر فان قيل ان الماذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما يراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اصيل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود اجيب بان الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا عن الاسقاط فيما يستقبل لان الساقط يعود ثم الاذن كما يثبت صريحا يثبت دلالة كما اذا راى عبده يبيع من ماله شيئا ويشتري فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الاصول فان السكوت محتمل للرضا ولفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه بكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان لان الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى لحوق ديون عليه وان لم يكن ماذونا يتاخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين بابطال حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق فقد لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان لانه راض به اولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذي راه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا راى اجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا راى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا راى رقيقه يتزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا في العرف اجيب بان التصرف الذي راه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يصر سكوته اذنا لان الوجه لو جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل اخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال ان الراهن يتضرر ايضا ببطلان ملكه عن الثمن فيترجح ضرر المرتهن

تحكم

تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان اقوى واما الرقيق عبدا كان او امة فانما لم يصر السكوت فيه اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على احد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان النكاح المملوك مملوك المولى بما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا او امكن فسخه فلا يتضرر به احد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في ان نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في ان سكوته اجازة اولا ولعل الحكومة الصواب ان يقال في ذلك ضرر الحق للمولى فلا يكون السكوت اذنا ثم لا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من راه يظنه ماذونا له فيعاملونه فيتضررون به لو لم يكن ماذونا له ولم يكن المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر عنهم وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شي وشي من الوجوه المذكورة اعني ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لغيره قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما اذا قال المولى لعبده اذنت لك في التجارة ولم يقيده بشي كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلى باللام فكان عاما يتناول جميع انواع الاعيان لانه اي بيع الاعيان اصل التجارة والمنافع لكونها فانية بالاعيان الحقت بها وله ان يبيع بغبن يسير جاز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما قالا البيع بالغبن الفاحش خلاف المعقود اذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة الهبة ولهذا اعتبر من المريض من الثلث وهو خلاف المقصود فلا ينتظم الاذن بالمقصود ولابي حنيفة رحمه الله ان البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد الماذون لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على انه لا ينفذ من الماذون كالغبن اليسير فانه يصح من الماذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث ابو حنيفة سوى ههنا بين البيع والشرى والغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الامر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشرى متهما في انه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب اراد ان يلزم الامر وهذا لا يوجد في تصرف الماذون لعدم انه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على احد فكان البيع والشرى في حقه سواء وعلى هذا الاختلاف الصبي اذا اذن له ابوه او وصيه بالتجارة يجوز ان يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابي حنيفة ولو حابى العبد الماذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين فينفذ وان زادت على الثلث وان كان عليه دين من جميع ما بقي يعني يؤدي دينه اولا ثم ما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد لا يقال المولى وارث لانه رضي بالاذن باسقاط حقه ولهذا لو اسقط حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل وان كان الدين محيطا يقال له ابطل المحاباة فيقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر يعني اذا حابى في مرض موته وللعبد ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشرى لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه فيحتاج الى الاستعانة بغيره ويجوز له ان يرهن ويرتهن لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة ويجوز ان يتقبل الارض اي يستاجر ويستاجر الاجراء والثوب لان ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح لانه ان كان البذر من قبله فهو مستاجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستيجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه شي بخلاف الاستيجار بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو اجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو اجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجي فكذا هذا وله ان يشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة وهو لا يملك الكفالة لانها لا تدخل تحت الاذن فلو فعلا ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة مقتضية لنفاذ ما يملكه الماذون وهو الوكالة وله ان يدفع المال مضاربة وياخذها لانها من عادة التجار وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله في احد قوليه لانه لا يملك العقد على نفسه لكونه نائبا عن مولاه في التصرف في كسبه الا ترى انه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه فكذا اجارتها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله لان المولى اذنه بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا وما هو راس المال المأذون له ان يملك التصرف فيه ضرورة فالماذون له يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها اما ان يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن او من حيث منافعها لا جائز ان يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فانه ما اذن له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات افضى الى عدم الربح لما عرفت ان الربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين ان يكون من حيث المنافع وهو المقصود قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فقد تقدم ان الاذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعي انه توكيل وانابة وعلى ذلك تنبني هذه المسئلة وهي انه اذا اذن في نوع من التجارة كالبر مثلا دون غيره كان ماذونا له في جميع انواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان اذن له اذنا عاما ثم نهاه عن نوع قالا الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له اي للمولى دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص الاذن بما خصه به كالمضارب اذا قال له رب المال اعمل مضاربة في البر مثلا وقلنا ان الاذن اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه في اول كتاب الماذون وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع لكون التخصيص اذ ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن المولى للعبد ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك الغير لا في ملك نفسه لان النكاح تصرف مملوك المولى لانه لا يجوز الا بولاية والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب

عن مولاه فيتخصص بالخصم به فان قيل قد تقدم ان الغرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف
يجوز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البر دون الخز اجيب بانه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على ان جواز التصرف
بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة يمنع ذلك وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف باهلية ومالكية فلا يلتفت الى الايراد وقوله بخلاف الوكيل
يجوز ان يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال غيره وجوابا لقوله وثبت
الحكم للمولى وهو ما نقله بالسبيل اي لا نسلم ان حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين
والنفقة بغير اذن المولى وما استغنى عنه تحليفه الى ذلك فيه وموضعه اصول الفقه قال وان اذن له في شيء بعينه اذا اذن المولى في شيء بعينه
مثل ان يقول اشتر هذا الثوب بعينه او ثوبا للكسوة او طعاما رزقا للاهل لم يكن ماذونا وهذا يفيد ان التخصيص قد يكون مفيدا اذا
كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا بالاستدامة لا بالاستخدام لانقضاء اي ان من امر عبده بشراء عبد بقل بن كان ماذونا يصح اقراره
بديون تستغرق رقبته ويوخذ بها احد فلا يتجرى احد على استخدام عبده فيما اجرى اليه حاجة لان غالب استعمال العبيد في شرا الاشيا
الحقيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو انه اذا تصرف مكررا صريحا مثل ان يقول اشتر لي ثوبا وبعه
قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه او دلالة كما اذا قال اد الي الغلة كل شهر او اد الي الفا وانت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالكسب
فهو دلالة التكرر وقال اقعد صباغا او قصارا الا انه اذن في شرا ما لا بد منه دلالة وهو نوع من الانواع يتكرر فيتكرر العمل المذكور كان
اذنا وان اذن ان يتصرف غير مكرر كطعام اهله وكسوتهم لا يكون اذنا ويفهم اذا اغضب العبد متاعا وامره مولاه ببيعه فانه
اذن في التجارة وليس الامر كذلك عنه مكرر والجواب ان الامر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم
ولايته عليه والاذن قد صار منه صريحا فاذا ابطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف يشير الى ان الفاصل هو التصرف والنوعي
والشخصي الاذن بالاول اذن دون الثاني فتامل قال واقرار الماذون بالديون والمغصوب جائز اقرار الماذون له
بالديون والغصوب والودائع لان الاقرار بها من توابع التجارة اما بالديون والودائع فظاهر فان البايع قد لا يقبض الثمن فيكون
دينا او يقبض فيودع عنده واما بالغصوب فلان الغصب يوجب الملك عند اداء الضمان فصار الواجب به من جنس التجارة
ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا ان اقراره غير صحيح اجتنبوا
عن مبايعته ومعاملته ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة
كما في الحر والحر مع تعلق حق الغرما بما في ايديهما من المال والكسب بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة كما لو اقر انه وطي جارية
هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فافتضها فانه لم يصدق فيه لانه كالمحجور في حقه وكذا لو اقر بجناية على حر او عبد او مهر وجب
عليه بنكاح صحيح او فاسد او شبهة فاقراره باطل ولا يواخذ به حتى يعتق لان الحجر انما ظهر في حق التجارة فما ليس من باب التجارة لم يظهر
في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور وليس للماذون ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يجوز ان يزوج مماليكه لذلك وجوز ابو يوسف
تزويج الامة لانه تحصيل المال ومنع المعقود بالاذن فكان كالاجارة وقالا الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ومعناه سلمنا ان
الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار وانكاح الامة ليس من ذلك ولهذا لا يملك تزويج العبد توضيحه
بو اضيح لعوا به عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة قوله وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب
والشريك شركة عنان والاب والوصي اي انهما لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف رحمهم الله
قال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب ان لهما يعني للاب والوصي بلا خلاف حيث جعل
الاب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب ان يزوج امته لانه اكتساب لاستفادة المهر قال وما ذكر في المكاتب
اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافي واحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل ان في المسئلة
روايتين قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة ولا يجوز للماذون ان يكاتب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة لان التجارة
مبادلة المال بالمال والبدل وان كان مالا لانه يضمن لكنه مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين
عليه لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة كما لا اذن في الابتداء وبانه ما قاله لان المولى قد ملكه لان
كسب العبد الماذون خالص ملك المولى يملكه فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة ويصير العبد نائبا عن المولى ويرجع الحقوق في
مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير لكونها اسقاطا وكان قبض البدل
اليه لانه عقد العتق من جهته ولقائل ان يقول الوكيل سواء كان سفيرا او لا اذا عقد العقد لا يحتاج الى الاجازة وههنا ليس كذلك ويمكن
ان يجاب عنه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب وانما قال ولا دين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان او كثيرا ابطلت كتابته وان
اجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع من ذلك قل الدين او كثر ولا يعتق على مال لانه
لا يملك الكتابة وهو المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلان لا يملك الاعتاق اولى وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز لانه يملك انشا
العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن ضمن قيمة العبد للغرما لانه لو انشا العتق
جاز وضمن القيمة فكذا اذا اجاز ولا سبيل للغرما على العوض لانه يؤديه كسب الحر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي
في حال الرق فيتعلق به حقهم ولا يهب ولا يقرض بعوض وبغير عوض ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت

الاذن

الاذن بالتجارة الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير الى ان هديه غير الماكولات لا يجوز اصلا
والاهدا اليسير راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بالتجارة قال محمد بن سلمة رحمه الله ان كان مال تجارته مثلا عشرة
الاف درهم واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال تجارته عشرة فاتخذ بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا والهدية بالماكول
كالضيافة به والقياس ان لا يصح شيء من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين والمجاهز
هو الغني من التجار كذا في المغرب فكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ليوفر به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب
وباقي كلامه ظاهر قال وديونه متعلقة برقبته اذا وجب ديون على الماذون بالتجارة او بما هو في معناها فان كان له كسب بيع بذلك
بالاجماع وان لم يكن له كسب تعلق برقبته ساغ للغرما الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع لان غرض المولى من الاذن
تحصيل مال له لم يكن حاصلا لا تفويت مال حاصل وذلك اي غرض المولى حاصل في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل
للمولى وقوله لا بالرقبة معطوف على قوله بكسبه فالحاصل اذا استهلك شيئا تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك اجاب بقوله بخلاف دين الاستهلاك
لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولهذا كان محجورا عليه يبيع ذلك ولسبيل الكلام في ذلك وان الكلام فيما يتعلق
بالاذن ولنا ان ذلك دين واجب في ذمة العبد وجب ظهوره ظهر وجوبه في حق المولى بالاذن وهذا ظاهر وكل دين ظهر وجوبه
في حق المولى تعلق برقبة العبد استيفا كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس قوله وهذه اشارة الى دفع الضرر وبيانه
ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان
ملتزما ماقولو لم يتعلق برقبته استيفا كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فهو في حقوق الناس ويجوز ان يكون
بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى فقوله ويتعلق الدين برقبته استيفا جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال
الى اخره وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفا وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة معه ويزداد
الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرضا للمولى فان قيل لا يصلح ان
يكون غرضا لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وفيه اشكال وان المبيع
ان كان باقيا وفيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا او كان وليس فيه وفاء لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر
واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا
ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون المبيع جابرا لما فات من العبد والظاهر ان الدين ان استغرق
رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قيل وليس هو اوضح لانه لا دليل على ظهور ذلك على انه مخصوص بما اذا
قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الاوضح فيه ان يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب وذلك
لا يكون الا بعد دخول مبيع او ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته وهلاكه في ملكه لا يخرجه عن المقابلة والظاهر
انه يكون مقدار ما يودي من قيمة العبد لان الشرا بالغبن نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى كانه اشترى الديون التي على العبد
بالعبد ولو لم يكن مساويا لقيمته كان ذلك شرا بالغبن وهو نادر وتحقيقه انها لو لم تكن مساوية لاختار اداء الديون دون
بيع العبد والجواب الاول على مذهب ابي حنيفة وهو مخصوص بذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما
فان المولى يملك كسب العبد الماذون عندهما كما سيجيء وقوله وتعلقه بالكسب جواب عما يقال اجمعنا انه تعلق بالكسب
فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لا تنافي بينهما غير انه يبدا بالكسب في الاستيفا نظرا الى الجانبين وعند عدمه يستوفى من
الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى ان المولى حاضر لان اختيار الفدا من الغايب
غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور
المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول ابي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع
القاضي العبد بغير اذن مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى
بيع العبد المديون بغير رضا الغرما وحجر الغرما غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز بيعها القاضي على الورثة اذا
امتنعوا عن قضاء الدين فانه لم يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرما قوله وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري
ومعناه ظاهر قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرما بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة
فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرما
فان بقي عليه شيء من ديونه اي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار
ملكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع فان المشتري اذا علم ان العبد الذي يشتريه يباع في
يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرما دفعا للضرر عن المشتري لانه لم ياذن له في التجارة
فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو وسع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البايع الاذن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان
راضيا ببيعه لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات قوله ويتعلق دينه بكسبه بيان ان الكسب الذي يبيعه به والذي لا يبيعه به
فالكسب الذي لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين سواء كان حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى يخلفه

الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ فكان ككسب غير مستبرع ولم يتعلق بانتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص
له وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال اخذ المولى ذلك وللمولى ان ياخذ غلة مثله والغلة كل ما تحصل من ريع ارض او كراء او اجرة
غلام ونحو ذلك ومعناه له ان ياخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمه الديون كما كان ياخذه قبل ذلك وما زاد على
ذلك من ريعه كان للغرما وان ياخذ اكثر مما كان ياخذه قبل الديون والقياس ان لا ياخذ اصلا وان اخذ شيا رده لانه اخذ من
كسبه وكسبه حق الغرما ولكنه استحسن فقيل بسلامة الغلة للمولى لان اخذ المولى ذلك منفعة للغرما بابقا به على الاذن
بسبب ما يصل اليه من الغلة فلو لم يكن ذلك لحجر عليه فحصل الكسب واما الزيادة على ذلك فلا ياخذها لعدم الضرورة حيث لا بعد
ذلك من باب تحصيل الغلة فان اخذها ردها على الغرما لتقدم حقهم فيها ثم اذن المولى لعبده اما ان يكون شايعا او لا فان كان
الاول لم ينحجر حتى يحصل الحجر له ولاكثر اهل سوقه لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تاخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق
حقهم برقبته وكسبه لان العبد ان اكتسب شيا اخذه المولى وان لحقه دين اقام البينة كان قد حجر عليه فيتاخر حقهم الى ما بعد العتق
وهو موهوم وقد بايعوه على رجا ذلك فان تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على اذنه الى ان يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضا
الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل ولو حجر في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان فكذلك
ومبايعته جايزة وان بايعه الذي علم بحجره لان الاذن لا يتجزى الا ترى انه لا يتجزى ابتدا فكذا البقا ولو حجر في بيته بمحضر من اهل
سوقه الحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل
عليهم السلام وان كان من الثاني بان لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والاضرار فافهم
ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب قد تقدم ان التصرف اذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج الى قيام الاهلية
حالة البقا كما لا بد او على هذا اذا مات المولى او جن جنونا مطبقا كما تقدم في الوكالة تعريفه او لحق بدار الحرب الحجر اي ذو ان
لانتفا الاهلية بهذه العوارض حقيقة او حكما لان اللحاق موت حكمي ولهذا انقسم ماله بين ورثته واذا مات العبد صار محجورا عليه
وقال الشافعي بقي ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتدا الاذن فان المولى اذا اذن لعبده الآبق في التجارة وعلم به العبد كان
ماذونا فلان لا ينافي بقاه اولى لان البقا اسهل من الابتدا وصار كالعصب لان المولى اذا اذن لعبده المغصوب الذي يمكن له
اخذه بان يكون له بينة او يكون الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا كونه ابقا ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما
يرضى لكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضيه دينه من كسبه ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضيا وانما لم يكن منافيا الا بتدا
لانا نجعله حجرا دلالة ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف العصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر وان عاد من الاباق
هل يعود الاذن لم يذكره محمد والصحيح انه لا يعود والاستيلاد الماذونة حجر عليها اذا لم يصرح بخلافه وقال زفر رحمه الله ليس بحجر اعتبارا
بالابتدا فان المولى لو اذن لام ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء بحجر لان العادة جرت في الظاهر ان
الانسان يحصن ام ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه
في الابتدا ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرما اذ به يمتنع حق الغرما البيع وبه يقتضي حقوقهم وقوله
واذا استدانت الامة اي ذوه لها اكثر من قيمتها معناه ظاهر وانما قيد بكونها اكثر لتظهر الفايدة في ان المولى يضمن قيمتها دون الزيادة
عليها وقوله ولا منافاة بين حكميها اي حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير ثبت للمدبر حق العتق وحق العتق ان كان لا يوثر في فكاك
الحجر لا يوثر في الحجر عليه قال واذا حجر على الماذون له فاقراره جايز اذا حجر على العبد الماذون له فاقر بما في يده من المال
لغير مولاه فهو جايز عند ابي حنيفة رحمه الله وقال المصنف ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او انه قرض بذلك لان مطلق الاقرار
يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والمغصوب فبين ان المراد به التعميم وقدم الامانة لذلك فيقتضي بما في يده للمقر له وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لان المصحح لاقراره اما الاذن او اليد ولا شي منهما يوجود بعد الحجر اما الاذن فلزواله بالحجر واما اليد
فلان الحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ورد بانا لا نسلم ان يده غير معتبرة فانه لو استودع وديعة ثم غاب فليس لمولاه
اخذها والمسلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب القته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سوا
واجيب بان تاويلها اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد اما اذا علم ذلك فللمولى اخذه وكذا اذا علم انه مال المولى ولم يعلم
انه كسب العبد وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره بيان لابطال الحجر يده ليسابالمتفق عليها فان المولى اذا انتزع ما بيده
لا يصح اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا
تباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق ولابي حنيفة رحمه الله ان المصحح لاقراره هو اليد ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى من يده
لزوال المصحح واليد باقية حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما لان الكلام في الاقرار بما في يده واما حكما فلان شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها
عن حاجته واقراره دليل تحققها ولقايل ان يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا او عند صحته والاول ممنوع والثاني مسلم لكن
صحة هذا الاقرار في حيز النزاع فلا يصلح اخذه في الدليل والجواب ان مطلقه دليل تحققها حملا لحال المقر على الصلاح فان قيل لو كان
اقراره دليل تحققها ليصح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار اجيب بان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما اما حقيقة فلان الكلام فيما انتزعه
من يده واما حكما فلان النزع كان قبل ثبوت الدين فلا يبطل يده باقراره لانه اقرار بما ليس في يده اصلا وهو باطل والمصنف رحمه الله ذكر قوله
بخلاف

بخلاف ما انتزعه المولى الى اخره اجوبة عما استشهد ابه من المسايل المتفق عليها وهو ظاهر وقوله على ما عرف اشارة الى حديث بريرة
رضي الله عنها وقوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك يعني به الاذن فانه ثبت للعبد بحكم انه ملك المولى وقد زال ذلك الملك وقوله
ولهذا لم يكن خصما توضيح لتبدل العبد فان العبد اذا باع شيا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره
بعد بيعه كعبد اخر لم يباشره ولولا تبدله لكان خصما لصدور المباشرة عنه حقيقة قال واذا لزمته ديون اذا لزمته ديون
ديون فلا يخلو اما ان يحيط بماله ورقبته او لا يحيط بشي من ذلك او حاط بماله دون رقبته فان كان الاول كما اذا اذن للعبد
فاشترى عبدا يساوي الفا وله الف وعليه الفا درهم والثاني ان يكون عليه الف درهم والثالث
ان يكون عليه حصى ما به ففي الاول لم يملك العبد ما في يده ولو اعتق العبد الذي من كسبه لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد فان ملك الاصل علة لملك الفرع
ولهذا يملك اعتاقها يعني الرقبة لانه فكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه اعتاقه فان
قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين فانها تمنع عن ذلك كما في التركة اذا استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث
اجاب بقوله بخلاف الوارث لانه ثبت الملك للمورث باتصال ماله الى اقرب الناس اليه ولهذا اقدم الاقرب فالاقرب ولا
نظر للمورث في ذلك عند احاطة الدين بتركته بل النظر في ضده اي في ضد ثبوت الملك للمورث وهو قضا الديون لانه
فرض عليه والمورث صلة واذا كان سبب الملك النظر وقد فات الملك ولا عتق في غير الملك اما ملك المولى فثبت
نظرا للعبد ليراعي ذلك بعد العتق حتى يقضي دينه واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرما لتعلق حقهم به ولابي
حنيفة رحمه الله ان الملك انما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما عرف يعني في مسلة تعليق
الدين بكسبه والمال الذي احاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه يعني كما ان الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في التركة
فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلافة في الموضعين لانعدام اهلية الملك في الحال فالميت ليس
باهل للملك كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك بل منافاة الموت اظهر
والميت جعل كالمالك حكما للقيام حاجته الى قضا ديونه فكذلك الرقيق واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف
العتق وعدمه لكونه فرعه فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به ابطله وفي الثاني يملك المولى كسبه وينفذ عتقه
في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه
فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل
بعض الشارحين عن ينبوع اي مع الصغير ان العتق فيه جايز قال وان باع المولى شيا بمثل قيمته جاز اي اذا باع
العبد المديون الذي لزمته ديون من المولى شيا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي من كسبه اذا كان عليه دين ويعلم منه انه اذا
لم يكن عليه لا يجوز لانه ليس باجنبي وان باعه منه بنقصان لم يجز مطلقا اي سوا كان كثيرا او قليلا لانه متهم في حق مولاه لميله اليه
عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة فيه تكون موجودة اجيب بانه موهوم
حيث لم ينشا عنه دليل قوله بخلاف ما اذا باع المريض مروي قال في النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسلة وهو قوله واذا باع
من المولى شيا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب
لذلك عدم الواو في قوله وقال ويجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا باع من الاجنبي
اي انه يجوز في كل حال اعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند
ابي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه الاحوال وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو ثابتة فلعل ذلك اوجه من حيث اللفظ بالقرب
دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض وارثه بمثل القيمة
عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الجواب الواو وجعله متعلقا باول المسلة وفي كلامه تعقيد وتقديره كلامه هكذا وان
باع من المولى شيا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث
لا يجوز عنده لانه حق بقية الورثة تعلق بعينه اي بعين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرما
فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا اي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله
وان باع بنقصان لم يجز الى اخره وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شا ازال المحاباة باتمام
الثمن الى تمام القيمة وان شا نقض البيع وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ قيل والصحيح انه قول
الكل لان المولى يستحق من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة دون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض
المديون في تصرفه مع الاجنبي فقوله وعلى المذهبين اي مذهب ابي حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تسوية
المحاباة باليسير والكثير فان على مذهب ابي حنيفة اذا باع من مولاه بنقصان يسير او كثير لا يجوز فلا تخيير وعلى مذهبهما يجوز ولكن
يخير المولى ووجه ذلك اي وجه الجواز مع التخيير ان الامتناع عن البيع بالنقصان لدفع الضرر عن الغرما وبهذا يندفع الضرر عنهم
وهذا اي الذي ذكرناه من الجواز والتخيير بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يومر بازالة المحاباة لان البيع

باليسير منها اي من المولي والاجنبي متردد بين التبرع والبيع اما التبرع فلخلو البيع عن الثمن في قدر المحاباة واما البيع
فلدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع من المولي للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لعدمها وبخلاف ما اذا باع من
الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عنده اصلا لان المحاباة من العبد انما تجوز له لا يجوز على اصلهما الا باذن المولي ولا اذن
منه في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان فيه ضررا للغرماء فيزال بازالة المحاباة وهذا لان الفرقان بلفظ التثنية
وفي بعض النسخ صداه الفرقان قال في النهاية ولكن الاول اصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصححة
والمراد بالفرقين الفرق بين المولي والاجنبي في حق المحاباة اليسير حيث يومر المولي بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما في
الكثيرة حيث لا يجوز عندهما مع الاجنبي اصلا ويجوز مع المولي ويومر بالازالة واما ابو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب
فليس يحتاج الي ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولي شيا من المحاباة وانما يحتاج الي الفرق بين المولي والاجنبي في جواز البيع مع
الاجنبي مطلقا ومع المولي بمثل القيمة وقد ذكرنا في صدر الكلام قال ـــ وان باعه المولي شيا كلامه ظاهر الي قوله فان سلم
المبيع اليه اي العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرير دليله لان حق المولي ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بالمالية
العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولي سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في
الدين لكونه في مقابلة العين والمولي لا يستوجب على عبده حتي لو اتلف شيا من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان
المولي لا يستوجبه وهو احق به من الغرماء لانه ملكه بعينه بالعقد ويجوز ان يكون عين ملكه في يد غيره كالوداع عند عبده شيا
او غصبه منه وان امسك المولي المبيع في يده حتي يستوفي الثمن جاز لانه بايع وللبايع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو احق به
من الغرماء فان قيل على هذا التقدير استوجب دينا في ذمة العبد حتي حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجبه على ما قلتم اجاب
بقوله وجاز ان يكون للمولي حق في الدين اذا تعلق بالعين يعني يجوز ان يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين متعلقا
بالعين كالمكاتب فان المولي استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لا تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين
عن ملك البايع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فاذا كان اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه
بالعين ولو باعه باكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد سواء كانت يسيرة او كثيرة
لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال في النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط واما على رواية الكتاب وهو رواية مبسوط
شيخ الاسلام فان هذا البيع لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله اصلا كما ذكر في جانب العبد واذا اعتق المولي عبده الماذون له
وعليه ديون لزمته بسبب التجارة او الغصب او جحود الوديعة او اعتاق امة فاعتاقه جائز لبقا ملكه فيه وهو ضامن للغرماء
قيمته بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها او اكثر منها علم بالدين او لم يعلم به لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء منه
وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يجب الزيادة من سعد لما اتلفه فيبقي الباقي عليه كما كان ويطالب به بعد العتق وان
كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر على ما ذكره وهو واضح وان باعه المولي وعليه
ديون محيطة برقبته وقبضه المشتري وغيبه فمعناه باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون اذن الغرما والدين حال فان شا الغرما ضمنوا
البايع قيمته وان شا ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق بالعبد حتي كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولي دينهم وقد اتلفه اما البايع
فبالبيع والتسليم واما المشتري فبالقبض والتغييب لا بمجرد البيع والشرا وان شاوا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق
لهم فلهم الاجازة كالاجازة اللاحقة كالاذن ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا كان الثمن وفي بديونهم ووصل اليهم
فليس لهم تضمين البايع على ما سيجي وكذا اذا كان الدين مؤجلا الي اجل فباعه المولي باكثر من قيمته او باقل منها جاز بيعه
وليس لهم حق المطالبة حتي يحل دينهم فان حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو المالية وهذه فوايد القيود المذكورة وقوله
كي المرهون يعني ان الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم اجاز المرتهن جاز البيع لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتدا
فان ضمنوا البايع قيمته ثم رد على المولي اليا ظهر معناه اذا قبله بعيب فلان القاضي اذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد الي الحال الاول
وهو ظاهر ولكن بقي شي وهو ان حقهم كان في بيع العبد والمولي قد رفع عنهم المونة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن
الغرماء واجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعا وقد فات بالبيع وحق الغرما منحصر في بيع التركة فافترقا قال ـــ
ولو كان المولي باعه من رجل واعلمه بالدين اذا قال المولي هذا العبد الذي ابيعه مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب
الدين فيكون البيع بلفظها لازما فذلك لا يوجب اللزوم في حق الغرما فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعا والاستيفا
رقبته به وكلة به تحذوفه في المتن وفي كل منهما فايدة فالاول يعني الاستسعا تام موخر والثاني ناقص ان لم يف بديونهم معجل والبيع
يفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه قال المشايخ تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه قال
المشايخ تاويله اذا لم يصل اليهم لوصول حقهم اليه قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد
لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقي لهم ولاية الرد للاستسعا في الديون واجيب بانهم قد رضوا
بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفايدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن رضوا
به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب ان يقال لا قوله ولا محاباة في البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص

محل

محل فانه ان يكون ناقصا اذا لم يف بالديون فان قيل اذا باع الكفيل المولي عبده او في بعد العلم بالجناية كان مختارا للفدا اي بالفدا
لا يكون مختارا القضا الديون من ماله اجيب بان موجب الجناية الدفع على المولي فاذا تعذر عليه بالبيع طولب بالواجب عليه واما
الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتي يواخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولي
بمنزلة ان يقول انا اقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله انا اقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين
عدة والجواب ان العدة ادني الاحتمالين فيثبت به الا ان يقوم الدليل على خلافه فان كان البايع غايبا فلا خصومة بينهم وبين
المشتري اذا انكر دينهم وصدقهم في الدعوي كان لهم ان يردوا البيع بالاتفاق وقال ابو يوسف رحمه الله المشتري خصم ويقضي
لهم بدينهم لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه في يده ولهما انه لو جعل خصما لا ادعي عليه والدعوي تتضمن فسخ العقد
والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغايب قال فخر الاسلام وعلى هذا الاختلاف اذا اشتري رجل دارا فادعي الشفيع
ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب ليس بخصم عندهما خلافا له وعنه وهو رواية ابن
سماعة مثل قولهما في هذه المسالة قال ـــ ومن قدم مصرا رجل قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل
شي من التجارة لانه اخبر انه ماذون له فاخباره دليل عليه فان لم يخبر فتصرفه دليل على اذنه وهو استحسان والقياس
ان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيين احدهما اخبر انه مملوكه وهذا اقرار منه على نفسه والثاني انه اخبر انه
ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولي واقراره عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله كيلا
يضيق الامر على الناس توضيحه ان للناس حاجة الي قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد الي التجارة
فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج الي شاهدين يشهدان عند كل تصرف انه ماذون له في التجارة
وفي ذلك من الضيق ما لا يخفي وقوله الا انه استثنا من قوله لزمه كل شي ومعناه انه اذا لم يكن في كسبه وفا لا يباع
في الدين حتي يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة الا تري انه اذا اذن للمدبر
وام الولد وتحققها الدين لا يباعان فيه فكان اجنبي عن حق المولي وجاز ان يكون ماذونا ولا يباع بخلاف الكسب
فان قضا الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا بيده قوله في وسطه كتاب
الماذون ويتعلق دينه بكسبه اي ان قال الا ان المولي اي يحلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد فان حضر مولاه وقال
هو ماذون له بيع في الدين لظهوره في حق المولي وان قال هو محجور فالقول قوله وعلى الغرما البينة لان دعواه الاذن
كدعوا الاعتاق والكتابة فلا يقبل قوله عند جحود المولي الا بالبينة فصل ـــ لما فرغ من احكام اذن العبد
في التجارة بين احكام اذن الصبي الا انه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي الذي
يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا اذن له المولي كان كالعبد الماذون في نفوذ تصرفه وعدم التقييد بنوع
دون نوع وصيرورته ماذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي رحمه الله
لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه لنفسه وهو باق بعد الاذن وبقا العلة يستلزم المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه
ليس للرق نفسه بل لحق المولي وهو يسقط لكونه راضيا بتصرفه ولانه مولي عليه حتي يملك المولي التصرف والحجر عليه
والمولي عليه لا يكون وليا للمنافاة لان كونه موليا عليه سمة العجز وكونه واليا سمة القدرة وصار كالطلاق والعتاق
لا يصحان منه وان اذن له المولي بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لانهما لا يتعلقان بالمولي فيصحان منه قوله وكذا الوصية
على اصلي يعني قلت بصحتها كصحتها اذا كانت في ابواب الخير واصله ان كل تصرف لا يتحقق من المولي في حقه صح تصرفه
بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة وقد تحققت فيجب
تنفيذها اما البيع والشرا فيتولاه المولي فلا ضرورة اليه ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية
شرعية فوجب تنفيذه اما انه تصرف مشروع فلان الله تعالي احل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي واما انه
صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع سالب والشرا جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف
بكونه كذلك واما انه في محله فلكون المبيع مالا متقوما واما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولي له هذا التصرف
فكذا من اذن له الا تري ان الطلاق والعتاق لما لم يملكه المولي لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن
ولاية شرعية وان اذن الولي بذلك قوله والصبي سبب الحجر جواب عن قوله لان حجره لصباه وتقريره انا لا نسلم
ان حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية بامور التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولي
فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانه يعلم انه لو لم يكن هاديا في امور التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه
كما لو اذن للعبد المولي وقوله وبقا ولاية جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره ان
بقا الولاية بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبي من اسباب الرحمة بالحديث وباعتبار كلامه في التصرف نفع محض
لاستيفا المصلحة بطريقين اي بمباشرة وليه له وبمباشرته نفسه فكان رحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال
فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الي غيرها فبقيا ولاية الولي لتدارك ذلك وقوله بخلاف الطلاق والعتاق

فى

ان يبعثهم

جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق وحاصل ذلك ان تصرفات الصبي ثلاثة اقسام نافع محض وضار محض ومتردد بينهما فالاول كقبول الصدقة والهبة يملكه قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يملكه اصلا والثالث كالبيع والشرى يملكه بعد الاذن لان نقصان رايه ينجبر براي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فانه احد المحتملين وصحة التصرف في نفسه لصدوره من اهله في محله فان قيل اذا باع شيئا باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف اجيب بان المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد وترتيبه وليه هو الاب ثم وصي الاب ثم الجد ابو الاب ثم وصيه ثم القاضي ووصيه ثم الوالي بخلاف صاحب الشرط يريد به امير صاحب البلدة كامير بخاري فكان الوالي اكبر منه لان له ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط يريد به امير صاحب البلدة كامير بخاري فكان الوالي قوله والشرط ان يعقل قد تقدم ذكره وقوله والتشبيه بالعبد المأذون له اي اذنه كذلك لكن يرد عليه ان التشبيه ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المديون بدين محيط بماله دون الولي واجيب بان ذلك من الحجر المولى وعدم الحجر الولي ليس من التشبيه في تصرف العبد والصبي وبان دين الصبي لكونه لا يتعلق بذمته لا بماله في ان يتصرف فيه الناس الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى اجنبي منه اذا كان الدين مستغرقا ويصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه عينا كان او دينا لوليه ولغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغين واورد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف افاده ذلك باذنه والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها وكذا الموروث في ظاهر الرواية احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك كيلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث وجه الظاهر ان الحجر انفك عنه بالاذن التحق بالبالغين ولهذا نفذ ابو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما ماليه ولا يملك تزويج عبده بالاتفاق وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف ولا كتابته وان كان الولي والوصي يملكانها لان العبد يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه والمعتوه الذي يعقل البيع والشرى بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي يصير ماذونا له باذن القاضي الاب والوصي والجد دون غيرهم من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والعم دون القاضي فان له ولاية على اذن المعتوه يعني قوله ذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد الى اخره وحكمه حكم الصبي اذا بلغ معتوها فاما اذا بلغ عاقلا ثم عته فاذن له الاب في التجارة وقال ابو بكر البلخي قياسا وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله والله اعلم

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الماذون لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة مالا حتى ان اقرار الماذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب ما دام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالاخر من المناسبة الا انه قدم الاذن بالتجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة سواء كان متقوما او غيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقوله اخذ مال لا يشمل الحر وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله محترم احتراز عن مال الحربي فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده اي يد المالك لبيان ان ازالة يد المالك لابد منها في حد الغصب عندنا وعند الشافعي هو اثبات يد العدوان عليه وثمرة الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوب وثمرة البستان فانها ليست مضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا ليده مع بقاء اثر فعله ثم ان كان الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه الاثم والمغرم فان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل المغصوب اما ان يكون تالفا بما في يد الغاصب او لا والاول سيجيء والثاني ان يكون له مثل اي ما يضمن بمثله من جنسه اولا فان كان الاول فعليه مثله وفي بعض النسخ العدد فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية لان الحنطة مثلا بمثل الحنطة حبا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات فكان ادفع للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالخير التام ان يتدارك بما هو مثل له صورة ومعنى فان انقطع عن ايدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان كلامه فيه

فيه واضح قيل انما قدم قول ابي يوسف ليثبت الاقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان اول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاقوال على هذه الازمنة لم يثبت للابتناء لم قول ابي يوسف ان كان الثاني فعليه قيمته يوم غصبه قال المصنف معناه اي معنى قوله لا مثل له في العدديات المتفاوتة وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب وانما وجب قيمته لتعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب كالجوز والبيض فهو كالكيلي حتى يجب مثله لقلة التفاوت قيل وانما اقتصر على الكيلي ولم يذكر الموزون لان من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطست ما ليس بواضح لان من الكيلي ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له فتجب القيمة وان كان الاول فعلى الغاصب رد العين ولعمري ان تقديم هذا القسم كان انسب فتأمل لقوله صلعم على اليد ما اخذت حتى ترد اي على صاحب عين ما اخذت اليد حتى ترد وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه وهو واضح ورواية الغاية والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه انه لا يريد باخذه سرقته ولكن ادخال الغيظ على اخيه فلاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الاذى عليه او قاصد للعب وهو يريد انه يجد في ذلك لتغيظه ولان اليد حق مقصود بدليل جواز اذن العبد في التجارة فانه لا حكم للشراء في حقه سوى التصرف باليد لا سيما اذا كان مديونا فانه ليس هناك شيء به النفع للمولى في التصرف فعلم ان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب عليه اعادتها بالرد اليه وهو الموجب اي رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي على ما قالوا القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام منها ما اذا ابرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك في يده لا ضمان عليه ولم يكن وجوب القيمة على الغاصب في حال ثانيا لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة به حالا الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكاة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو في يده لا تجب عليه الزكاة اذا استغرق النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب قيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع عن رد العين اذا اقدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابراء ان ما هو بعرضية ان يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في النفقة يوم الابراء وعن مسئلة الكفالة ان الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسئلة الزكاة ما ذكرنا في مسئلة الابراء ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ومقدار ذلك مفوض الى راي الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضي اوجبه الحاكم مدة ولم يعلم بظهورها قضى عليه ببدلها اي انتقاله عليه من القيمة او المثل الى المالك بينة على ما يدعيه من القيمة لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السير ان الغاصب اذا غيب المغصوب والقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم في وجهه قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل قال والغصب فيما ينقل ويحول الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ماله اصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان الى الاثبات في مكان اخر كما في حوالة الديان والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان اخر لان الغصب حقيقة يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق واذا غصب عقارا فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين من جنس واحد على محل واحد في حالة واحدة وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا اجر داره من رجل فانها في يد المستاجر حقيقة وفي يد الاجر حكما لكنهما يدان مختلفان فيتحقق الوصفان يعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب وهو الغصب اي تحقق الوصفين هو الغصب على ما بينا فصار كالمنقول في تحقق الوصفين وجحود الوديعة في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت ان جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظاهر وكان التكلف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي فلا لزام الا ما يكتفي في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم ولابي حنيفة وابي يوسف ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك اي بسبب ذلك وهذا اي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه اي باخراج المالك عنها اي عن العقار يعني الضيعة او الدار وهو اي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه فصار كما اذا ابعد المالك عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ذكر في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحد وذكر في المبسوط والاصح ان يقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان

في العقار في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك ذلك قال وما نقصه منه بفعله وسكناه ضمنه وما نقص الغاصب من العقار بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد والشافعي فظاهر واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف رحمه الله ويدخل فيما قاله يعني القدوري ما اذا انهدمت بسكناه وعمله بان كان عمله الحدادة او القصارة فوهي جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار على انها ملكه فهو على الاختلاف في الغصب لا يضمن البايع للمالك شيئا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان عندهما خلافا لمحمد وقيد بقوله ولا بينة له لان اقرار البايع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب ولما اذا كان له بينة امكنه ان يقيمها على ان الدار ملكه ويأخذها عن المشتري فلا يضمن البايع بالاتفاق وقوله هو الصحيح يحتمل ان يكون احترازا عن قول بعضهم بان في مسئلة البيع والتسليم الضمان على البايع بالاتفاق فان قيل اذا اشهد ابدا رلانسان وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق ولالا فيما كان اتلاف البايع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما اجيب بان مسئلة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير ان يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين ان الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو اقاما البينة على الملك لنفسه لا يقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف واما في مسئلتنا فالاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه ببينة الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون البايع ضامنا وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان ويعرف النقصان بان ينظر بكم كان يستاجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم يستاجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وذكر اختلاف الشيخ وبين المراد واستدل بقوله لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة يعني على راي من يرى ان الموجب الاصلي في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا او يتقرر اي القيمة بذلك السبب يعني على راي من يرى ان الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فاذا هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب ولهذا اي ولكون الغصب السابق هو السبب يعتبر قيمته يوم الغصب ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله او بفعل غيره وان نقص المغصوب في يد الغاصب فلم يجبر نقصانه بوجه اخر ضمن النقصان سواء كان النقصان في بدنه مثل ان كانت جارية فاعورت او ناهد الثديين فانكسر ثديها او في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة لانه دخل في ضمانه جميع اجزائه بالغصب وقد فات منه جزء فتعذر رد عينه وما تعذر رد عينه يجب رد قيمته واذا انجبر نقصانه مثل ان ولدت المغصوبة عند الغاصب فرد هما وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة لم يضمن الغاصب شيئا عندنا خلافا لزفر رحمه الله فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو اما ان يكون الرد في مكان الغصب اولا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين اخذ القيمة والانتظار الي الذهاب الي ذلك المكان فيسترده لان النقصان حصل من جهة الغاصب بنقله الي هذا المكان فكان له ان يلزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر فقوله بخلاف تراجع السعر متعلق بقوله وما تعذر رد عينه يجب رد قيمته وبخلاف البيع معطوف على قوله بخلاف يعني اذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البايع بعورة وصف منه قبل ان يقبض المشتري لا يضمن البايع شيئا لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان تحقق النقصان كما لو اشترى جارية بايبة مثلا فاعورت في يد البايع فصارت ثاوي حملين كان المشتري مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام الثمن كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا يضمن به اما الغصب فقبض والاوصاف يضمن بالفعل وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل فعله يحل الذات بجميع اجزائها وصفاتها فكانت مضمونة قال المصنف رحمه الله ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمان النقصان غير الربوي اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او اناء فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يودي الي الربو لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه وان شاء تركه وضمنه مثله قال ومن غصب عبدا فاستغله اي ومن غصب عبدا فاجره وقبض الاجرة فصار مهزولا لكثرة العمل فعليه النقصان لما بينا انه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا يتصدق بها لانه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب واما الملك فلانه ملكه من وقت الغصب مستندا اذا ضمن وله اي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الاصل القول بالموجب اي سلمنا انه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على اصل الوصف واصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه مستند فالي يكون الخبث اجاب بقوله والملك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت فلا يعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد

فهلك

فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فان الغاصب ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن الي المشتري لان الخبث ما كان لاجله الا اذا لم يجد الغاصب غيره اي غير الغلة بتاويل المذكور او الاجر او الا لانه محتاج اليه وللمحتاج ان يصرفه الي حاجة نفسه وهو اولي بذلك لانها ملكه وان كانت فيه خبث فلو اصاب مالا تصدق به ان كان غنيا وقت الاستعمال اي وقت استهلاك الثمن بان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا انه محتاج وكذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا فلا شيء عليه وان كان غنيا فعليه ان يتصدق بمثله قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية الغاصب اذا تصرف في المغصوب او المودع في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلايل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الي ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيها على تحقق الخبث وان تداولته الايدي ثم هذا اي عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض ظاهر اما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير فقوله في الكتاب يعني الجامع الصغير اشترى بها اي بالالف فتصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها مما ان اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الي غيرها او اطلق اطلاقا ونقدمنها يطيب له وهذه اربعة اوجه في واحدة منها لا تطيب وفي الباقي تطيب وذكر في المبسوط وجها خامسا يطيب فيه ايضا وهو انه دفع الي البايع تلك الدراهم اولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد ان يتاكد بالنقد ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال فخر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال اي في الوجوه كلها وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله تصدق بجميع الربح قال وكذلك لانه اذا انعدمها ولم يسلم سلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما ان يصير عينها عوضا فلا فتثبت شبهة الخبث وان اشار اليها ونقد غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الاشارة فكان للعقد تعلق بها فيكون شبهة الخبث ايضا وسبيله التصدق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب التصدق فان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء بل يرد عليه مثل ما غصب في قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس بان يصير الاصل مالا وعليه دراهم ولم يصر فلا يظهر الربح فصل لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يودي بدلها وقوله بفعل الغاصب احترازي عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او خلا او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار وان شاء اخذه وان شاء ضمنه وتركه وقوله حتى زال اسمها احترازي عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال الشاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشا وبذرا وغيرها يزول بالطحن والظاهر انه تاكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها وفيه اشارة الي ان الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة والامثلة كلها تدل على انه لا بد للغاصب فيه من فعل قوله وهذا كله يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يودي الي الربوا اذ الدقيق عين الحنطة من وجه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالتقطيع في الثوب الا ترى ان الربوا يجري بينهما ولا يجري الربا الا باعتبار المجانسة وعند الشافعي يضمنه لان على اصله تضمين النقصان مع اخذ العين في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن ابي يوسف وعنه انه يزول ملكه عنه ولا يسقط حقه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته قوله ولنا فيه عطف على قوله لانه يودي الي الربوا وتقريره ان بقاء العين المغصوب يوجب بقاء ملك المالك لان الموجب الاصلي في الغصب رد العين عند بقايه ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باق على ملكه وتتبعه الصنعة الحادثة لانها تابعة للاصل كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت فان الدقيق يكون لمالك الحنطة كذلك هذا فان قيل تمثيل فاسد لانه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به اجاب بقوله ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الاصول ان الفعل المحظور لا يصلح سببا لنعمة هو الملك فصار كما اذا عدم الفعل اصلا وح صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وارباها اي جعلها عضوا عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب الملك لكونه محظورا وله انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا واحدها صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات اعظم المقاصد وحقه اي حق الغاصب في الصنعة قايم من كل وجه وما هو قايم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف في الاصول من قولهم اذا تعارض ضربا ترجيح كان الرجحان في الذات احق منه في الحال لان الحال قايمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشي والطبخ لان الصنعة قايمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه قوله ولا تجعله سببا للملك من حيث هو محظور جواب عن قوله ولنا

ولا معتبر بفعله لانه محظور فنقرره ان لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور ومن جهة احداث صنعة متقومة وهو
من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله بخلاف الشاة جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره ان العلة حدوث
الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الفعل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم انه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال
شاة حية فان قيل الكلام فيما بعد التاريب ولا يقال لشاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع
حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد ابقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتاريب
بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح فلا يحققه فلا يكون دليل تبدل العين بخلاف الطبخ بعده لانه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان
فلم يكن لصاحبها ان ياخذها قوله وهذا الوجه اي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم
على انقطاع حق المالك شامل لعامة مقول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه او غزلا فنسجه او قطنا فغزله او
سمسما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم واما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار على ما سيجيء لان عين الثوب
قايم لم يتبدل اسمه وقوله لا يحل له الانتفاع قوله ووجهه اي وجه القياس ان ثبوت الملك مطلق للتصرف يعني ان الملك قد ثبت
للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلايل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضى غيره الا ترى انه لو وهبه
او باعه جاز وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وهو حديث رواه ابو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن ابي بردة عن
ابي موسى رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة انصاري فقدم اليه شاة مصلية اي مشوية فاخذ منها
لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال انها تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي ولو كانت اعز من هذا لم ننفس
علي بها وسارضيه بخير منها اذا رجع فقال عليه السلام اطعموها الاسارى قال محمد رحمه الله يعني المحبسين فامره بالتصدق مع كونه
المالك معلوما بيان ان الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا امكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه
ولما امر بالتصدق به دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضا قوله ولان في اباحة الانتفاع دليل معقول
وهو ظاهر وقوله ونفاذ بيعه جواب عن قوله ولهذا لو وهبه وتقريره ان نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الاباحة كما
في الملك الفاسد قوله اذا ادى البدل راجع الى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح وقوله او ضمنه الحاكم يعني اذا كان مال
اليتيم وقوله بخلاف ما تقدم اشارة الى قوله لمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا
وقوله او اصله ما تقدم اشارة الى قوله ما ذكر قبل هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصت الغلة فعليه الضمان
قال ﴿وان غصب فضة او ذهبا اذا غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او انية لم يزل ملك مالكها عنها
عند ابي حنيفة رحمه الله فياخذها ولا شيء على الغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة متقومة
صير احد انها حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه قد فوت بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح رأس المال في
المضاربات والشركات وهو بعد ما ضرب صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرا
وفضة وذهبا وبعده دراهم ودنانير ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم ولابي حنيفة رحمه الله ان العين باقية من كل وجه لان
الاسم باق والاحكام الا ربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربا ووجوب الزكاة كذلك
واذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك قوله وصلاحيته لرأس المال وجوابا جواب عن قوله والتبر لا يصلح له وتقريره ان الصلاحية
امر زايد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنع لانه هلك العين من وجه وقوله وكذا الصنعة جواب عن قوله احدث صنعة معتبرة
متقومة ومعناه انها متقومة في جميع الاحوال لانها لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما يتقوم عند المقابلة بخلاف الجنس لكنها
استهلك فلعليه فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وذلك لانا لو اوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربا ولو
اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصناعة فلم اعاة حق المالك والتحرز عن الربا قلنا
يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجده صاحبه مكسورا فرضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه فضل
ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون
وجه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجه ومن غصب ساجة من جيم وهي الخشبة العظيمة لان الساجة بها تحاستا بعد هذا فبنى
عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة واما اذا
كانت قيمة الساجة اكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها وسيظهر لك وجه ذلك اذا تاملت في قوله وجه اخر لنا فيه وقال الشافعي
رحمه الله للمالك اخذها والوجه من الجانبين قدمناه يعني في اول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب
الخ وجه اخر لنا فيه اي في تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهب اليه الشافعي اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل بغير خلف ومن
المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او ادخل اللوح المغصوب سفينة
والسفينة مع من عليها في لجة البحر ليس للمالك ان ينزع لوحه منها وانما قيد بذلك لانه اذا كانت واقعة كان له ان ينزع عنده
فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف النفس لا لان المالك ملكه ذلك غاصبه
فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منها حق المالك وغيره وجعل حق غيره لان ابطاله زيادة ضرر بالنسبة
الى

الى ضرر المالك فكانتا مثله وتنفي ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة لانه غير متعد في البناء
واما اذا بنى على الساجة ينقض لانه متعد فيه قال المصنف وجواب الكتاب يعني قوله فبنى عليها يرد ذلك وهو الاصح قيل لانه لو كان
كان عليه لان الساجة قبل البناء عليها يصلح للاخراج تحت العدو ولا بواب الدور وغير ذلك وبعده لا يصلح لشيء من ذلك الا بالنقض
والتغير يوجب انقطاع حق المالك قال ﴿ومن ذبح شاة غيره ومن ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه
قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما اعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ان يتوهم ان
غاصبه يجب ان يستحق اصل الملك بالجزارة على المالك لانه حقوق مقصودة فيها فكان في ذلك زيادة فيها لا نقصا حيث اعد لها غير
مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان النفس ازالة الحياة نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له مقصود سواها من
زيادة للاسمان والتاخير الى وقت افضل وصلى له في ذلك وكذا لكن اذا قطع يدها اي يد الشاة والجزور وهذا هو ظاهر الرواية
بخلاف ما روي الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يضمنه شيء في ذبح الشاة لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة على
ما مر ووجهه الظاهر ما ذكره انه اتلاف من وجه باعتبار تفويت الاعراض من الحمل والدر والنسل وبقا بعضها وهو اللحم فصار
كالخرق الفاحش في الثوب على ما سيجيء ولكنه لا يعم الجزور بصاحبه ولكنه يعم من قوله فوت بعض الاعراض اذ لم يحمل الا ما
محصورا فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب بعضها فللمالك ان يضمنه
جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقييده بغير ماكول اللحم فايده فان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف
قوله وكذا اذا قطع يدها على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل على ان في الحكم سواء ومن
الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيها في غير ماكول اللحم
وماكوله اذا قطع طرفه فان فايدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان لذلك لكفى ان يقول وكذلك
اذا كانت غير ماكول اللحم والثاني ان التعليل يدل على عدم مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم وغير ماكوله حيث قال
في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين
قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيار رآه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة
والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رحمه الله رجل قطع يد حمار او رجله وكان ما بقي قيمة فله ان يمسكه ويأخذ النقصان
قوله بخلاف قطع طرف العبد المملوك متعلق بقوله فللمالك ان يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق بين الادمي وغيره ان الادمي
يقطع طرف منه لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير
ذلك قال ﴿ومن خرق ثوب غيره اختلف الناس في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم
ما اوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما اوجب دونها فهو يسير وقال بعضهم ما اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش
وما اوجب دونه فهو يسير واشار في القدوري الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه ان لا يبقى للباقي منفعة
الثياب بان لا يصلح لثوب ما قال المصنف رحمه الله والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين قيل يعني من حيث الظاهر و
الغالب اذ الظاهر ان الثوب اذا قطع يفوت شيء من اجزايه وجنس المنفعة يعني ان لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضها ويبقى
بعضها واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك
صحيحا دون غيره لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع النقصان في الثوب نقصانا فاحشا فقال واذا غصب ثوبا وقطعه
قميصا ولم يخطه فله ان ياخذ ثوبه ويضمنه ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك ان القائت به
بعض المنافع لانه بعض ما قطع قميصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقبا وامثاله وان قطع من القيمة اقل من الربع وقد
اعتبره محمد رحمه الله فاحشا واذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا كبيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قايم من كل
وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرقه خرقا كبيرا فللمالك ان يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لانه استهلاك من هذا الوجه
فانه قبل القطع كان صالحا لاتخاذ القبا والقميص وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه وان شاء اخذ الثوب وضمنه
النقصان لانه تعيبت من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قايم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة
او الى جانب البقا واخذ العين وضمن نقصان القطع ووضع المسئلة بلفظ الثوب اشارة الى ان الحكم عام في الذي يلبس كالقميص
وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس قال ﴿ومن غصب ارضا كلامه واضح لا يحتاج الى الشرح لكن كان القاضي ابو علي النسفي
يحكي عن الكرخي انه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساجة اكثر فله ان ياخذها قال وهذا قريب من مسائل حفظت
عن محمد رحمه الله حيث قال في لولوة سقطت من يد انسان فابتلعها دجاجة انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللولوة فان كانت
قيمة الدجاجة اقل تخير صاحب اللولوة ان شاء اخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شاء ترك اللولوة وضمن صاحب الدجاجة
قيمة اللولوة وكذلك اذا ادخل قرن الشاة في قدر الباقلاني وتعذر اخراجها ينظر ايهما كان اكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة
الاخر الى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في تلف ايهما شاء وله امثال غير ما ذكر وقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم
صحة في المغرب بتنوين عرق اي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف

العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله يقوم الارض الخ يعتبر
قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمن صاحب الارض خمسة دنانير للغاصب فسلم الارض
والشجر لصاحب الارض وكذلك البناء قوله ومن غصب ثوبا الخ ظ وقوله اعتبارا بفصل الساحة يعني كما ان في فصل الساحة يؤمر بالقلع
اذا لم يتضرر الارض به فكذلك هنا لان كل منهما شغل ملك الغير بملكه وقوله لان التمييز ممكن يعني بالعصر وقوله ولما بينا يعني
في مسألة الساحة بالجمع بقوله وجه الاول لنا وقوله والخيرة لصاحب الثوب جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ ان
شاء سلم الثوب الى مالكه وان شاء ضمن ابيض وبيانه ان الخيرة كل منهما متساف بجواز وقوع التنافي بينهما وتخيير المالك اولى لان
الثوب اصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ وقال ابو عصمة المروزي رحمه الله
في اصل المسألة يعني في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه احمر واحترز بهذا القيد عن ان يتوهم ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة
متصل بما يليه من مسألة الانصباغ كذلك لكن وقع من ابي عصمة في اصل المسألة فقيده بذلك تصحيحا للنقل وقد ظهر بما ذكرنا
في مسألة الصبغ والانصباغ الوجه يعني جواب المسألة وتعليلها في السويق من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل غيره ان السويق
من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق تتفاوت
بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه اي من القيمة المثل سماه به اي سمى المثل بالقيمة لقيامه مقامه اي لقيام المثل بالمغصوب
وذكر الضمير في منه وبه بتاويل ما يقوم قوله فعن محمد رحمه الله انه ينظر اي اخره ان ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت
الزيادة خمسة مثلا ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب بالعشرة واستوجب الصباغ عليه
قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع بما بقي عليه من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله

فصــــل لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل يتصل بمسائل الغصب ومن غصب
عينا فغيبها فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى ان يوجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها
عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك كما لو غصب مدبرا وغيبه
وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق وقلنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله يعني يدا ورقبة وكل من ملك بدل شيء خرج
المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل لكن بشرط ان يكون المبدل قابلا للملك للنقل من ملك الى ملك
والمدبر ليس كذلك وسببه كلامه يشير اي ان سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل الشافعي رحمه الله بذلك مناسبا وهو مذهب
القاضي ابي زيد فانه قال في الاسرار قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي قال شمس
الايمه في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عند القضاء بالضمان او التراضي قال شمس الايمه في المبسوط وهذا وهم فان الملك
لا يثبت عند اداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب لكان اذا تم
الملك بذلك السبب بزوائده المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازة يملك المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة
ومع هذا في العبارة بعض الشنعة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه
ولا يصلح ان يكون العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع
وقيل فيه نظر لانه لا يراد يكون الغصب سببا للملك عند اداء الضمان انه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد وقوله ثم قد
ينفسخ التدبير بالقضاء جواب عما يقال لا نسلم ان المدبر لا يقبل النقل فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع
وفسخ التدبير وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فكان البيع
مصادفا للقن لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق واما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه قال
والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه اختلفا في قيمة المغصوب فالقول قول الغاصب مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة
باكثر من ذلك فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين
الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على
النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي ان يقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة
على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي رحمه الله يقول هذه المسألة عدة مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة ومسألة
الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة اسقطها ورفع الخصومة واما الغاصب فعليه ههنا
اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع وكان المصنف رحمه الله اختار قول من قال ذكر
اوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله في الاصل اذا ادعى رجل على
رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الايمة الحلواني
رحمه الله ينبغي ان تحفظ هذه المسألة لانه قال اقام بينة انه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها وانما كان ذلك اصح
لاجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما ياتي من الشهود معاينة فعل الغصب دون
العلم باوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر وثبت بينتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار
ثبوت

ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء به وعلى هذا الاحتجاج الى تاويل ابي بكر الاعمش وهو ما قال تاويلها
ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المعقود لان المقصود اثبات
الملك للمدعي في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن فاما ان يكون ضمن بعد تمام الرضا
او لا فان كان الاول كما لو ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها المالك او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب
لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار
ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة فان قيل اخذه
القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسألة الاولى اجاب بقوله واخذه دونها اي اخذ المالك ما دون الزيادة
لانه لا على تمام الرضا فكانت كالمسألة الاولى اجاب بقوله واخذه دونها اي اخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا
لانه انما اخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسألة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختيار
ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او قيمته دونه في هذا الفصل الاخير يعني اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك
الجواب اي فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض في ظاهر الرواية وقال الكرخي لا خيار له
في استردادها لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله وهو اي ظاهر الرواية الاصح لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط
ما يدعيه من القيمة ومع ما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار قال ـــــ ومن غصب عبدا فباعه ومن غصب عبدا فباعه فضمنه
المالك قيمته نفذ جاز بيعه وان اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا
او ضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد على ما نذكر والنفوذ
للبيع دون الاعتاق بالنقص كملك المكاتب فان له ان يبيع عبده وليس له ان يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بتضمينه
احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم بتضمين الغاصب فان فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الاصح قياسا
على البيع الموقوف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال وثمرة البستان المغصوب
امانة في يد الغاصب لا يضمن الا بالتعدي او بالجحود عند طلب المالك والاكساب الحاصلة بالاستغلال الغاصب ليست فيها
في شيء حتى يضمن بالتعدي لانها عوض من منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا ابدالها وقال الشافعي
رحمه الله زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة بناء على ان حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه
وهو موجود في هذه الصورة فكان كالظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان الولد يكون مضمونا عليه لوجوب
الضمان في حق الام وان لم يكن هناك منع من المخرج ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على
ما ذكرنا في اول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه
الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه
وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان
الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا ازالة ثمه لان
الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منع بعد الطلب او تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه
واكله او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تفويت يده يحصل به لانه كان متمكنا
من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري
الى الاولاد كالحرية والرق والملك في المشتري واجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب
فانه يضمن وان لم يكن يزيل بل زال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن
الاموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البير في غير الملك وليس ثمه ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على التفسير
المذكور يوجب الضمان مطردا لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما
نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا قوله وفي الظبية المخرجة من الحرم جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة
من الحرم ووجه ذلك ان القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد فانه لا ضمان فيه عندنا
لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار
ان الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب اكثر مشايخنا واذا اطلق يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل
التمكن من الارسال او بعده فهو ضمان جناية اي اتلاف لان صيد الحرم وزوائده كان امنا في الحرم صيدا او ذلك في بعده عن
ايدينا فالوقوع في ايدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في ايدينا ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه
لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم وجب الجزاء ويجوز ان يكون
معناه بتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم قوله وجب يعني الضمان بالاعانة والاشارة بالنص فلان
تجنيا هو فوقها ونحو اثبات اليد على مستحق الامن اولى قال ـــــ وما نقصت الجارية بالولادة ما نقصت الجارية بسبب الولادة

في يد الغاصب وهو في ضمان الغاصب فو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب
الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات جزء مضمون منها فيكون مضمونا عليه كما لو فات كلها فان ردت
والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد يصلح ان يكون جابرا لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي رحمه الله
لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة
الولد يساوي ذلك النقصان فانه لا ينجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب رد الولد الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد او مات
الام وعصمت الولد وفا وكما اذا جز صوف شاة غيره فنبت مكانه اخر او قطع قوايم شجر الغير فنبتت قوايم اخرى مكانها
او خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصا او علمه الحرفة فاضناه التعليم فانه لا ينجبر الصوف بالصوف والقوايم بالقوايم
ولا ما نقص من الجزء بالخصا عندهما والعلوق عند ابي حنيفة رحمهم الله على ما عرف ذلك يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة
من غصب جارية وزنى بها على ما يجي وعندنا ذلك لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد اثر في الزيادة والنقصان كانت
الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البايع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد
السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شي بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان
الفوات الى خلف كلا فوات فصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها او قطع يد المغصوب في
يده واخذ ارشها واداه مع العبد بخلاف نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف قوله وولد الظبية ممنوع جواب
عن قولهما وتقريره لا نسلم ان الام اذا ماتت لا تنجبر قيمتها بقيمة الولد اذا كان فيها وفا وهذا المنع على غير ظاهر الرواية واما
تخريجها على الظاهر فهو ان كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت
الام اذ لا يفضي اليه غالبا وروي عن ابي حنيفة رواية اخرى وهو انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة
الام ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها وبخلاف ما اذا مات الولد قبل
الرد جواب عن قولهما كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه ان كلامنا فيما اذا رد الام بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد
واذا كان الولد هالكا كيف ينجبر النقصان به والخصا لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما
ورا ذلك من المسايل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد
واصل نكتة الخصم وهو ان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون النقصان وقع في ملكه هو على حاله اجيب بان المصنف
رحمه الله اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا واذا لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع في العبارة فان
قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد اجيب
بانه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطل الخلفية وبقي في ملك
المولى فان قيل الولد عنده امانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما اشار اليه المصنف من عدم عده نقصانا فلا تضمينه
وهذا الجواب صالح للدفع عن السوال الثاني ايضا فلله در المصنف ما الطفه ذهنا جزاه الله عن المحصلين خيرا قال
ومن غصب جارية فزنى بها قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يغصب الجارية يزني بها ثم يردها
فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه في الامة
ايضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها وتابعه المصنف في قوله ثم يردها فتحبل بتقديم الرد على الحبل ووقع في عامة النسخ تقديم
الحبل على الرد لبيان ان الحبل كان موجودا وقت الرد قال الرد قد صح لانه اوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان
فان قيل لا نسلم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده اجاب بقوله والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة لا بسبب كان
عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يد الغاصب
فردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البايع ولم يعلم المشتري بالحبل فولدت عند المشتري وماتت في
نفاسها لا يرجع على البايع بالثمن فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل ولابي حنيفة رحمه الله ان الرد لم يكن صحيحا
لان الصحيح منه ان يكون على الوجه الذي اخذ ولم يوجد ههنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك
فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطا فانه يرجع على الغاصب بكل
القيمة كذا هذا بخلاف الحرة اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها لانها لا تضمن بالغصب ولهذا لو هلكت عنده لا
يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلى قوله وفي فصل الشرا جواب عن قولهما كمن اشترى جارية وقد حبلت
عند البايع بطريق الفرق وهو ان في فصل الشرا الواجب على البايع ابتدا التسليم اي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه
العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم وما ذكرنا من وجوب الرد على الوجه الذي اخذه عليه شرط
لصحة الرد ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد شرطه على ما وجد شرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه ان الشرا لم يتناول
الا العين اذ الاوصاف لا تدخل في الشرا ولهذا لا يقابلها شي من الثمن فكان الواجب على البايع تسليم العين الذي هو مال
متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده واما الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت
في

في يد الغاصب فردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها ردا فاسدا واما اذا حمت في يد الغاصب
فلان سبب الموت ما يرى من الحمى والضعف وقت الموت ويحتمل ان يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب او حدثت في يد المالك او
مركبة منهما فلا يضاف الى سبب قايم في يد الغاصب بالشك قوله والزنا سبب جواب عن قولهما او زنت في يده الخ وتقريره ان الزنا
الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المولم لا الجارح ولا المتلف والذي وجد في يد المالك جلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب
فلا يضمن قال ولا يضمن منافع ما غصبه منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان
وقال الشافعي رحمه الله مضمونة بأجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال ربما يسمي الاول غصبا والثاني اتلافا
في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل مالك رحمه الله فقال ان سكنها فكما قال الشافعي رحمه الله وان عطلها فكما قال
ابو حنيفة للشافعي رحمه الله ان المنافع اموال متقومة لكونها غير الادمي خلقت لمصلحة الادمي ويجري فيه الشح والضنة وتضمن
بالعقود صحيحة كانت او فاسدة بالاجماع فكذا بالغصوب لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كما لو ورد على الميتة ولنا
انها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في امكانه اي تصرفه وقدرته وكسبه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض
لا تبقى وما حدث في امكان الرجل فهو ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته الى اقامة التكليف فالمنافع
حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق
ذلك وانه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقا
الاعيان واعترض بأن اتلاف ما يسرع اليه الفساد يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من حيث الفنا والبقا
غير معتبرة وبأن استيجار الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جايز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان
الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وابعد فكان
السوال غير وارد وهذا راجع الى انه يعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض الا ترى ان بيع الثياب بدراهم جايز وان كان
احدهما يبلى دون الاخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شرا الثياب بدراهم اليتيم جايز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا
فدل ان القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات وقد عرفت هذه المآخذ اي العلل التي هي مناط
الحكم او ما ذكره بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وبأنا نقول انها لا يتحقق غصبها واتلافها وبما قلنا بقوله لانها لا تماثل الاعيان
الخ في المختلف يعني في مختلف ابي الليث وقوله ولا نسلم انها متقومة في ذاتها لانا لا نسلم ان التقوم لا يسبق الوجود ولا
احراز ذلك فيما لا يبقى غير متصور بل تتقوم لضرورة دفع الحاجة عند ورود العقد عليها بالتراضي ولا عقد في المتنازع فيه
الا ان اي لكن ما ينتقص باستعماله مضمون عليه باستهلاكه بعض اجزا العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة ذكر غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضه ان يصير متقوما
اما باعتبار ديانة المغصوب منه تقومه او بتغيره في نفسه الى التقوم قال وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره
هذه المسئلة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي واتلاف المسلم خمر الذمي
ولا ضمان على المتلف في الاولين بالاجماع واما في الاخرين فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى هذا
الخلاف اذا باعها الذمي من الذمي جاز عندنا خلافا له قال اسقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذمي
لانهم اتباع لنا في الاحكام قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فاعلموهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين واذا اسقط تقومها لا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان اي ما يضمن به ولنا ان التقوم باق في
حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا دل ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سال عماله ما ذا
تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا العشر لا تفعلوا ولوهم بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك
الا لبقاء تقومها ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لا نتعرض لهم على الترك والسيف موضوع يعني لا يجبرون على الترك
بالالزام بالسيف لعقد الذمة وحيث تعذر الالزام على ترك التدين فبقي التقوم في حقهم واذا بقي فقد وجد اتلاف
مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه ونوقض بما اذا مات المجوسي عن امراتين احداهما امرأته فانها
لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان
واذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم
فلا بد له من بيان وقوله بخلاف الميتة والدم جواب لمقيس عليه للشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب لان احدا من اهل الاديان
لا يدين تمولهما الا انه تجب قيمة الخمر وان كانت مثلية وتذكير الضمير في الكتاب بتأويل الشراب او المذكور لان المسلم ممنوع عن
تمليكه لكونه اعزازا لها بخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها فانه جرت بينهما مبايعة جاز لهم التمليك والتملك
وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتملكه قوله وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك
الخمر كذا قيل والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الخ لاتساق ما بعده من العطف وقوله لانه مستثنى
عن عقودهم يعني بعقد الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وفي ذلك لا نتحقق منهم لا تدين

لثبوت حرمة الربا في دينهم قال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلفه لا يضمن شيا وان كان اعتقاد الذمي ان العبد المرتد مال متقوم وهو ايضا في الحقيقة مقيس عليه للشافعي رحمه الله ووجه الجواب انا ما ضمنا لهم ترك التعرض للعبد المرتد للذمي لما فيه اي ترك التعرض للاستخفاف بالدين بالترك والا عراض عنه واستشكل هذا التعليل بما اذا اتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمة صليب وفي ترك التعرض استخفاف بالدين واجيب بان ذلك كفر اصلي والنصراني مقر على ذلك بخلاف الارتداد وقوله بخلاف متروك التسمية يتعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه من احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ وجب ان نقول بوجوب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ما قاله ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قايم فلم يعتبر اعتقادهم لايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقايل ان يقول لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال ـــــــ فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فكل منهما على وجهين لان التخليل والدباغ اما ان يكون بخلط شي وبما له قيمة اولا فان قيل خللها بغير شي بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس ودبغ بالقرظ بفتحتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما ان يكون الخل والجلد باقيين اولا فان كانا باقيين اخذ المالك الخل بلا شي واخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المسالتين ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه وان هلكا في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره والتنبيه على ذلك انه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه وقوله اما التخليل دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر واما الجلد فلانه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه قال القدوري يعني اذا غصب الجلد من منزله فاما اذا القاه صاحبه في الطريق فاخذه رجل فدبغه فليس للمالك ان ياخذه وعن ابي يوسف ان له ان ياخذه في هذه الصورة ايضا واذا كان باقيا على مالكه وهو مال متقوم وقد استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه قوله ولانه يوجب الرد دليل اخر وتقريره ان الجلد لو كان قايما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما في الاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هناك قال الامام فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعني ان القاضي قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة وياخذ ما زاد الدباغ اما اذا قومهما بالدراهم او بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويوخذ منه الباقي لعدم الفايدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه ولابي حنيفة رحمه الله انا نسلم ان الجلد مال متقوم بنفسه وان حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا لصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع اصله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والاتلاف والغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك قوله بخلاف الرد وتقريره ان وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل ان الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه اصل لا تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل ان الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه اصل لا تابع فوجب رده ويتبعه الصنعة وقوله بخلاف الذكي والثوب جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا والجلد الذكي استهلكهما لان التقوم فيهما اي في الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب الضمان ولو كان الجلد قايما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه اي الذي كان الدباغ فيه بشي متقوم ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك بالاخلاف لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك وقوله لانه اذا تركه دليل ان في المسالة خلافا لا دليل المتن يعني ووجه ذلك انه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك على هذا الخلاف على ما بينا انفا وفيه نظر لان العجز في الاستهلاك لام من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدي فيها الغاصب

المستعار يضمن

جوازه فيما ليس كذلك ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بما له قيمة وخلل من غير خلط شي واما اذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شي لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكان من المالية والتقوم جميعا حقا للمالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا المشايخ صار ملكا للغاصب ولا شي عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه كما في دباغ الجلد وقوله قالوا يشير الى ان ثمه قولا اخر وهو ما قيل انا هذا والاول سوا لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وايا في كلامه ظاهر سوى الفاظ نشير اليها قوله هو على ما قيل وقيل شك وقيل اشارة الى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله وهو ما كان قايما فاراد المالك الى اخره قيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وقوله وهو على اصله ليس باستهلاك اي اصل محمد فان اصله وهو قول ابي يوسف ايضا ان خلط الشي بجنسه ليس باستهلاك عندهما وقد كان الخل مشتركا بينهما فاذا اتلفه فقد اتلف خل نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه وقوله هو للغاصب في الوجهين يعني ما اذا صارت خلا من ساعته او بعد زمان وقوله اه واجواب الكتاب يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شي ومعناه ان بعضهم حملوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شي كما تقدم وبعضهم اجروه على اطلاقه وقالوا للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها وهي التخليل بغير شي والتخليل بالقاء الملح والتخليل بالقاء الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما قال ـــــــ ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو اله من الات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقوله اراق له سكرا اي صبه يقال فيه هراقا بدبوغ بتحريك الها واهراق بدربوق بسكونها والهاء في الاول بدل عن الهمزة وفي الثاني زايدة وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضا كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه الى مع كثرة لكثرة اسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراه الى عقار الشفيع وفي الشريعة عبارة عن تملك المرام اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة او جوار قال ـــــــ الشفعة واجبة للخليط الشفعة واجبة اي ثابتة للخليط في نفس المبيع اي للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب والطريق ثم للجار يعني الملاصق قال المصنف رحمه الله افاد هذا اللفظ حق الشفعة لكل واحد منهم وافاد الترتيب والدليل على الاول ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم اي يثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك اذ حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فلا شفعة وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحدا والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله اذا كان طريقهما واحدا وقوله ينتظر له وان كان غايبا يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه قيل معناه احق به عرضا عليه للبيع الاتي انه قسم الحق بالانتظار اذا كان غايبا واجيب بانه صلى الله عليه وسلم جعله احق على الاطلاق قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة احق وهو قوله على شفعته مدة الغيبة وقوله صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه قيل ما سقبه قال الشفعة وفي رواية الجار احق بشفعته والحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ووجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام الايمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه قوله ولان حق الشفعة دليل له معقول وتقريره ان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب ان لا يثبت حق الشفعة اصلا لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا اصلا ولا دلالة اذ لم يكن في معناه من كل وجه وهذا اي اي رعي شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرورة دفع مونة القسمة التي تلزمه وقوله في الاصل اي فيما لم يقسم ولا مونة عليه في الفرع وهو المقسوم ويعلم من جملة كلامه ان النزاع ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفيما لا يحتمل القسمة كالبير والحمام ولنا ما روينا من الاحاديث من قوله عليه السلام جار الدار احق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله

عليه السلام الجار احق بسقبه رواه البخاري وابو داود ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار وهو
ظاهر لانه المفروض وقوله تابيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشتري بشرط الخيار
فانه لا قرار له لوجوب النقض رفعا للفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن
الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتبارا بالاتصال لانه مورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه
لانه في معناه اذ الاتصال على هذه الصفة يعني اتصال التابيد والقرار انما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر
الجوار اذ الجوار مادة المضار من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار
والكبار وقطع هذه المادة بتمليك الاصيل يعني الشفيع اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة ابائه اقوى فيلحق به
دلالة وحاصله ان الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع اسهل من الرفع وقوله وضرر القسمة مشروع جواب عن قوله لان مؤنة
القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم ياخذ الشفيع المبيع بالشفعة
طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من اخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرير الجواب
ان مؤنة القسمة امر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه ولم يذكر الجواب عن التمسك
بالحديث لانه في حيز التعارض وقد اجاب بعضهم بان قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشي بالذكر
وهو لا يدل على نفي ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة من كلام الراوي لانه صلى الله عليه وسلم
علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم يصرف الطرق بان كان الطريق واحدا يجب الشفعة
وانما نفى الشفعة في هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة
او لا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها والدليل على الثاني اعني على الترتيب قوله صلى الله عليه وسلم
الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع قال المصنف رحمه الله فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق
المبيع والشفيع هو الجار ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله ولان الاتصال دليل عقلي على
الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله ولان ضرر القسمة يعني فقد ذكرنا ان دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق قال
وليس للشريك في الطريق والشرب اذا ثبت الترتيب ثبت ان المتاخر ليس له حق الا اذا سلم ان المتقدم في ظاهر الرواية
فان سلم فللجار ان ياخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك ان يكون
الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليتمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد
ذلك وابو يوسف رحمه الله في غير الظاهر جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذا كان بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع
قد يكون في بعض منها كما في منزل معين في الدار مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت وفي ترتيب منها شركة فالشفعة للشريك دون
الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى لان المنزل من
حقوق الدار ومرافقه ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها والشفعة واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك
بين البائع والشفيع وذلك في حكم شي واحد فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع والرواية الاخرى انه والجار سواء في
بقية الدار ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين التفاسير المذكورة
له والقراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها بناء ولا شجر وذكر استحقاق الشفعة في السكة واحاله على ما ذكر في
كتاب القضاء وهو قوله لان فتحه للمرور ولاحق لهم في المرور واصل ذلك ان استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب متلازمان فكل من له
ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له في ذلك
في ذلك الكتاب ولو كان نهر صغير يؤخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه يعني انه قوله فان كانت سكة
غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الخ فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز الطريق فلهذا الكلام قال على قياس الطريق
يعني لو بيع ارض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة
العظمى وذكر مسئلة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان العلة هي الشركة في العقار قال
واذا اجتمع شفعاء اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافا للشافعي فاذا كان دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللاخر
ثلثها وللاخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضي بذلك بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي
رحمه الله اثلاثا بقدر ملكيهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح والغلة
والولد والثمرة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال الاترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا
انه كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة ليثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال
سبب الاستحقاق وصاحب الكثير اكثر اتصالا فانى يتساويان اجاب بقوله وكثرة الاتصال يؤذن بكثرة العلة لان الاتصال
بكل جزء علة لما ذكرنا ان صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور
الاخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق شيئا لان المرجوح يندفع في مقابلة الراجح وعورض بان

الهيئة

الهيئة الاجتماعية قد يستلزم ما لا يستلزمه الانفراد فيجوز ان يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب
الكثير يتفاوتان كالابن فانه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت واجيب بان الهيئة الاجتماعية مطلقا يستلزم ذلك او
التي لم تجتمع من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم
زيادة والا لزم الترجيح بكثرة العلة وليس بصحيح الا ترى ان الشاهدين والاربعة سواء ولم يستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة
ومسئلة الميراث ليس مما نحن فيه اذ لم يجتمع في الابن علتان ثم انضمتا كلتاهما الى الاخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار نحو
في عصوبته بجعل الشارع كذلك من حيث ان للذكر مثل حظ الانثيين قوله وعليك ملكه عنه جواب عن جعل الشفعة من ثمرات الملك يعني ان التمكن
من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه قوله ولو اسقط
بعضهم يعني اذا اجتمع الشفعاء واسقط بعضهم حقه فلا يخلو اما ان يكون قبل القضاء له بحقه او بعده فان كان قبله
فالشفعة للباقين في الكل على عددهم لزوال المزاحمة لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص
كان للمزاحمة وقد انتقضت بالتسليم ولو كان البعض غائبا يقضى بها بين الحاضرين على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب
يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وان قضي الحاضر بالجميع ثم حضر الغائب وطلبها يقضى له بالنصف
فان حضر ثالث فيثلث ما في يد كل واحد منهم تحقيقا للتسوية وان كان بعد القضاء له بحقه فليس للاخر ان ياخذ الا النصف
لان القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضي به لصاحبه والمقضي عليه في قضية
لا يصير مقضيا له فيها ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم اقوى كالشريك مع الجار وكذا
لو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف وهو مسئلة الكتاب لان القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب
عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع قال في المختصر والشفعة تجب بعقد البيع
وهو يوهم ان الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا انهم استووا
في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا اعانة المشايخ رحمهم الله لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة
والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجار بتحقق
ذلك وورد بانه لو كان السبب جاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب الا ترى الى الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب
الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة
التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب ان ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما
هو من شرط الجواز ونحو امتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد ثم ليه والوجه فيه اي في هذا التاويل ان الشفعة
انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار ورغبته عنه امر خفي لا يطلع عليه وله دليل ظاهر يعرفه وهو البيع فيقام مقامه بدليل
ان البيع اذا ثبت في حق الشفيع باقرار البائع يصح له ان ياخذه وان كذبه المشتري ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب
او سلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فانه تخبر
به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لان للواهب المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا
ينقطع عنه حقه بالكلية قال وتستقر بالاشهاد للشفعة احوال الاستحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم
والاستقرار وهو بالاشهاد وهو يعتمد الطلب ولا بد من طلب المواثبة اي من طلب الشفعة على المسارعة اضاف الطلب الى المواثبة
لتلبسها لانه اي لان الشفعة ذكر الضمير نظرا الى الحق حق ضعيف يبطل بالاعراض قال عليه السلام الشفعة كحل العقال اي قيدها
ثبت وهو كناية عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك فلا بد من دليل يدل على انه اعرض عنه او دام عليه والاشهاد والطلب
يدلان على الدوام فلا بد منهما ولانه يحتاج اي طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد وتملكه وهو ان يكون بالاخذ اما
بتسليم المشتري او بقضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله وتظهر فائدة هذا اي توقف الملك في الدار المشفوعة
بعد الطلبين الى وقت اخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله في الصورة الاولى يعني اذا مات الشفيع لانه لم
يملكها فلا يورث عنه وقوله في الثانية يعني اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملكها
غيرها وقوله ثم قوله تجب بعقد البيع يعني قول القدوري رحمه الله

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

٢٠ لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتسميته قال واذا علم الشفيع بالبيع كلامه ظاهر لا يحتاج
الى بيان سوى الفاظ تنبه عليها طلب المواثبة سمي به تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة
قوله وهو ان يطلبها كما علم اي من غير توقف سواء كان عنده انسان او لم يكن وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبيل الباب لانه حق ضعيف
وقوله والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس
لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط وقوله بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة قال
محمد بن الفضل البخاري لو قيل لقروي بيع ارض بجنب ارضك فقال شفعه كان ذلك طلبا منه صحيحا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع
طلبت الشفعة واخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا في الابتداء فكان كالسكوت والصحيح انه لا يبطل لانه انما

اثباته

عنها ومنهم من قال لو قال الطلب واخذ بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره المصنف قوله واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد
ذكرناه اشارة الى ما ذكره في اواخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب ادب القاضي واراد بالحراثة المولى اذا اخبر بجناية عبده
والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر وقوله بخلاف المخبرة اذا اخبرت عنده اي عند ابي حنيفة يعني ان المراة اذا اخبرت بان زوجها
خيرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان المخبر او غيره فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والا فلا ذكر انه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط
فيه احد شطري الشهادة وقوله او على المبتاع على المشتري او عند العقار قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب
المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع الشراء حال غيبة عن المشتري والبائع والدار اما اذا سمع الشراء بحضرة
هؤلاء فطلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه وقام مقام الطلبين فان ترك الاقرب من هذه الثلثة وقصد الابعد وكانوا
في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم يبطل استحسانا لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان احدهم في مصر والآخران
في مصر اخر او في رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقيدة بالتمكن من
الاشهاد عند حضرة هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته قوله ولا يسقط بتاخير هذا الطلب يريد به الطلب الثالث وهو
طلب الخصومة والتملك معناه اذا لم يؤخر بغير عذر الا انهم اجمعوا اذا تركه بمرض او حبس او غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب
لا تبطل شفعته وان طالت المدة قوله وما ذكر من الضرر جواب عن قول محمد يعني ان الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفعته
بتاخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا يبطل وهو غائب لا تبطل وهو
حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة ان الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء فانه ينبغي ان يطلب طلب المواثبة ثم له من الاجل مقدار
المسير الى المشتري او البائع او الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى هذه الاشياء قبل ان
يطلب هذا الطلب او بعث من يطلب فلا شفعة له قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي هذا هو الموعود بقوله
سنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر قوله لاختلاف اسبابها لانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب
بغيره او لا او ربما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سببا فانه سبب عند شريح اذا كان اقرب بابا فلا بد من البيان قوله ثم دعواه
قيل لم يتم بعد بل لا بد وان يقول فيقال هل قبض المشتري المبيع او لا لانه لو لم يقبض لم يصح الدعوى على المشتري ما لم
يحضر البائع ثم يسال عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء وكيف صنعت حين اخبرت به ليعلم ان المدة طالت او لا فان عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر ان الفتوى
على قول ابي حنيفة في عدم البطلان بالتاخير وقيل ثم بعد ذلك يساله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت او اخبرت من غير
لبث ساله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تاخير ساله عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح
دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل لان يكون يد ملك
واجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان اقام فقد ثبت دعواه وان عجز استحلف المشتري بطلب الشفيع
انه لا يعلم ان الشفيع مالك للذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه امرا لو اقر به لزمه فاذا انكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا
على ما في يد غيره فان نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسال الحاكم المدعى عليه هل ابتاع او لا فان اقر فذاك وان انكر قيل
للشفيع اقم البينة فان اقامها فذاك وان عجز عنها استحلف المشتري على انه ما اشتراه او ما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي
ذكر فهذا على الحاصل والثاني على السبب وذكر الاختلاف فيه يريد ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى
قال وتجوز المنازعة في الشفعة وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا
قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن قال المصنف وهذا ظاهر رواية الاصل ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح في
الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على ان القاضي يقضي بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري ان يحبس الدار حتى
يستوفي الثمن او من ورثته ان مات وعن محمد رحمه الله انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
رحمهما الله لان الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري والفرق بين هذا وبين
المشتري مع البائع ان البائع ازال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد اضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بابطال ملك المشتري
وانما ينظر له باثبات ولاية حبس المبيع فاما المشتري ههنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليقال اضر بنفسه قبل وصول الثمن
اليه فقد اضر بنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما يجوز له ان يدفع الضرر عن
نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بابطال الشفعة اذا ماطل في دفع الثمن ووجه ظاهر الرواية انه لا ثمن له
عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره فلا بد من القضاء ليتمكن المشتري من المطالبة
واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن
فيحبسه فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع اليه الثمن لا يبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند القاضي قال
وان احضر الشفيع البائع وان احضر الشفيع البائع الى الحاكم والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة له
اي معتبرة كيد الملاك ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد

المودع

المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الا ان الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ
البيع بمحضر منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما ترى اما كونه خصما فقد بيناه واما كون
المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسماع البينة فلعلتين اشترك في احداهما البائع وتفرد بالاخرى اما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره
بقوله لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع عليهما ولا بد من حضور المقضي عليه للقضاء بخلاف ما اذا كانت
الدار قد قبضت فان حضور البائع ليس بشرط اذ ذاك لانه صار اجنبيا لم يبق له ملك ولا يد واما ما انفرد به فهو ما ذكره بقوله
وهو ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه
بالنقض في المسئلة لان نقض البيع انما هو لاجل الشفعة ونقضه ان يفضي الى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض
بقوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لان قبض المشتري يمنع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع واذا
كان ممتنعا فات الغرض من الشرع وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب ما شرعت الا لاحكامها لا لذواتها
لكنه يبقى اصل البيع اعني الصادر من البائع وهو قوله يعني بمجرد اضافته الى ضمير المشتري لتعذر الفسخ فانه لو
انفسخ عاد الى موضوعه بالنقض كما ذكرنا فيستحيل لبقائه بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كانه المشتري من البائع وهذا
لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد لما كان متعذرا لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي
تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا يتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم ينتقل الدار من
المشتري الى الشفيع بعقد جديد قال لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الروية اذا كان المشتري قد راه لكن
له ذلك كما سياتي ولما كان له ان يرد الدار اذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على ان البائع بريء من كل عيب لكن له
ذلك والجواب ان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وان تغير في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو
الروية وقبول المشتري البيع العيب فتحول الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل قوله فلهذا اي فلتحول الصفقة
اليه يرجع بالعهدة على البائع لانه بائع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه
الشفيع من يده حيث يكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم المشتري
اذا كان وكيلا فاما ان سلم المبيع الى موكله قبل الخصومة او لا فان كان الثاني فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد و
العاقد متوجه عليه حقوق العقد والاخذ بالشفعة من حقوقه وان كان الاول فالموكل هو الخصم لانه لم يبق للوكيل يد
ولا ملك وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري
ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل
والموكل جميعا شرطا في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما ان الحكم كذلك في البائع والمشتري على
ما تقدم اجاب المصنف رحمه الله بقوله الا انه مع ذلك قام مقام الموكل لكونه نائبا عنه فيكتفى بحضوره والبائع ليس
بنائب عن المشتري فلا يكتفى بحضوره قوله وكذلك اذا كان البائع وكيلا ظاهر وقوله وكذا اذا كان البائع وصيا يعني يكون
الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا وقيد بقوله فيما يجوز بيعه احترازا عما لا يتغابن الناس بمثله فان بيعه
به لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فان الوصي يبيع التركة اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من
النظر لانفسهم وقوله واذا قضي للشفيع بالدار الخ ظاهر وقد ذكرناه ايضا

فصل في الاختلاف

لما ذكر مسائل الاتفاق
بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في مسائل الاختلاف بينهما فيه قال وان اختلف الشفيع والمشتري
في الثمن الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه لان الشفيع يدعي على المشتري
استحقاق الدار باقل الثمنين والمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخير الشفيع بين الترك والاخذ فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن
وعجز عن اقامة البينة كان القول للمشتري لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل والقول
قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لم يرد فيه نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه وان اقاما البينة فهي للشفيع
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هي للمشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع اذا اختلف هو والمشتري
في مقدار الثمن واقاما البينة فانها للبائع وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة
المشتري من العدو مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد الماسور فانها للمشتري ولهما ان ذلك كله من اثبات الزيادة وهو
انه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين مرة بالف واخرى بالفين على ما شهد عليه البينتان ومع احداهما
بالاخرى لا يظهر في حق الشفيع لان له حقه في ان يجعلا موجودين في حقه وله ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري
لانه لا يتوالى البيعان عندنا الا بانفساخ الاول فالجمع بينهما غير ممكن فيصار الى الاكثر اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر
التوفيق وهذا هو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري فلا يمكن توالي العقدين بينهما الا بانفساخ الاول
فتعذر التوفيق على انها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقراران ايا
بحسب ما يوجبه البينتان فكان للموكل ان ياخذ بايهما شاء واما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة

ببينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف ولئن سلمنا ان البينة للمشتري فذاك لان التوفيق متعذر اذ لا يصح البيع الثاني
هنالك لانفساخ الاول وهذه طريقة ابي حنيفة في هذه المسائل حكاها محمد رحمه الله واخذ بها وقوله ولان بينة الشفيع ملزمة لانها اذا
قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بادعاء الشفيع شيا او ابى والملزم منها اولى لانها وصفت للالزام وبينة المشتري
غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شي ولكنه مخير بين ان ياخذ او يترك وغير الملزم منها في مقابلة الملزم غير معتبر
طريقة اخرى حكاها ابو يوسف ولم ياخذ بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينها وبين البايع والمشتري والوكيل والموكل فان كل واحدة
منها ملزمة فلهذا احتجنا الى الترجيح بالزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري من العدو لانها غير ملزمة
قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البايع اقل منه اذا اختلف البايع والمشتري في الثمن فاما ان يكون مقبوضا او غير
مقبوض فاما ان يدعي البايع اقل او اكثر فان كان اقل اخذها الشفيع بما قال البايع وكان ذلك حطا عن المشتري ووجه المذكور في
الكتاب واضح وقوله ولان التملك وجه اخر وانما كان التملك على البايع بايجابه لانه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع شي الا ترى انه
لو اقر بالبيع وانكر المشتري ثبت له حق الاخذ واذا كان كذلك كان القول قوله وان كان اكثر وليس بينهما بينة تحالفا وترادا
بالحديث المعروف وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف وياخذ
الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان النفي بالعقد نقضا باطل الحلال لا مبطلا لحقوقهم وان
كان مقبوضا اخذها بما قال المشتري ان شا ولم يلتفت الى قول البايع لما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وان كان غير معلوم القبض فلما
ان يقر البايع بالقبض اولا فان كان الثاني ولم يذكره في الكتاب فالظاهر ان حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول والفرض
ان المشتري يدعي اكثر مما يقول البايع والدار في يد المشتري فاما ان يقر اولا بمقدار الثمن ثم بالقبض او بالعكس فان كان الاول كما
لو قال بعت الدار منه بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بقول البايع اي بالالف لانه اذا بدا بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت
الشفعة به اي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع المتعلق باقراره من الثمن لانه ان تحقق
ذلك يبقى اجنبيا من العقد اذ لا ملك له ولا يد وتحب ان ياخذ بما يدعيه المشتري لما تقدم انفا ان الثمن اذا كان مقبوضا
اخذ بما قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع فيرد عليه قبضت وان كان الثاني كما لو قال قبضت الثمن وهو الف لم
يلتفت الى قوله وياخذها بما قال المشتري لانه بالاقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار اجنبيا وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن
وروى الحسن عن ابي حنيفة ان المبيع اذا كان في يد البايع فاقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان التملك يقع على البايع
فيرجع الى قوله وهذا ظاهر لانه لم يصر اجنبيا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالكا

فصل فيما ياخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يوخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يودي به
الشفيع لان الثمن تابع قال واذا حط البايع عن المشتري حط بعض الثمن والزيادة يستويان في باب المرابحة دون الشفعة
لان في المرابحة ليس في التزام الزيادة ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع باقل منها
وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب ان البايع اذا حط عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حط الجميع لم يسقط عنه شي
لان حط البعض ملتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما ياخذ بالثمن والثمن ما بقي واذا حط بعضه رجع الشفيع على المشتري
بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد لئلا يخرج العقد عن موضوعه وقد بيناه في البيوع في فصل قبيل الربا وباقي
كلامه ظاهر ومن اشترى دارا بعرض اي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا اخذها الشفيع بقيمته اي بقيمة العرض لانه من ذوات القيم
وان اشتراها بكيل او موزون اخذه بمثله لانه من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري
بمثل ما يملكه فراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة ملكه به والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله بالقدر الممكن يشير الى
الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة الا ترى ان الشفيع لو سلم شفعة الدار على
ان ياخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالحزر والظن ووجهه انه مراعاة ذلك
غير ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فان اخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة وقوله وان باع عقارا بعقار ظاهر
وجهه مما تقدم واذا باع بثمن موجل الى اجل معلوم فللشفيع الخيار ان شا اخذها بثمن حال وان شا صبر على الاخذ حتى
ينقضي الاجل ثم ياخذها وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه وليس له ان ياخذ
في الحال بثمن موجل عندنا وقال زفر رحمه الله له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان الاجل وصف في الثمن كالزيافة والاخذ
بالشفعة به اي بالثمن فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع
والبايع او المبتاع فلا اجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله وليس الرضا دليل اخر وتقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها
مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في
الملاة بفتح الميم وهو مصدر مَلُوَ الرجل بالضم ولقائل ان يقول لما كان الرضا شرطا وجب ان لا يثبت حق الشفعة لانتفائه
من البايع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت
الاجل وقوله وليس الاجل وصف الثمن جواب عن قول زفر ووجهه ان وصف الشي يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك لانه حق

المشتري

المشتري والثمن حق البايع وقوله وصار كما اذا اشترى شيا ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة
وهو يوجب الفسخ الى اخره ما ذكره في اول باب طلب الشفعة وهو قوله وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن
موجل الى اخر ما ذكره في اول باب طلب الشفعة وقوله وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن موجل الخ يوهم ان
الشفيع يملكه ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق التحول الصفقة كما هو المختار لكن بتحول
ما كان مقتضى العقد والاجل بمقتضى الشرط فبقي فيمن ثبت الشرط في حقه وقوله وان اختار الانتظار ظاهر وقوله لقول ابي يوسف
الاخر احتراز عن قول الاول روى عن ابي مالك ان ابا يوسف كان يقول اولا كقولهما ثم رجع وقال له ان ياخذها عند حلول الاجل
وان لم يطلب في الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل
او بثمن موجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فايدة في طلبه في الحال فكوته لعدم الفايدة في الطلب لا اعراضه عن الاخذ ووجه قولهما
وقوله اولا ما ذكره في الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع اي عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق
الشفعة ويجوز ان يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم
بالبيع واما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب فيجوز ان يتاخر الى انقضا الاجل وقوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول ابي
يوسف الاخر وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ولين كان فلا نسلم انه ليس متمكنا من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان
يودي الثمن حالا قال واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها
ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير ووجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذمي احتراز عما اذا كان مرتدا فانه لا شفعة له سوا قتل
على ردته او مات او لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير قال
المصنف اما الخنزير فظاهر لكونه من ذوات القيم واستشكل بان قيمة الخنزير ليس لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعتبر
العاشر من قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر واجيب بان مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك
دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر على العاشر بطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير الرجوع الى من اسلم من اهل الذمة او من
من فسقة المسلمين فان وقع في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن واذا
اسلم احد المتبايعين والخمر مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع
كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط
لبقا الشفعة وباقي كلامه ظاهر فصل الاصل في المشفوع عدم التغير والتعدد بالزيادة والنقصان بنفسه او بفعل الغير
عارض فكان جديرا بالتاخير في فصل على حدة واذا ابنى المشتري او غرس ثم اخذ الشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شا
اخذ الارض بالثمن الذي اشتراه به المشتري وقيمة البنا والغرس وان شا كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف
القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البنا والغرس ولابي يوسف رحمه الله انه محق في البنا لانه بناه على انه ملكه والمحق في البنا
لا يكلف قلعه لان التكليف بالقلع من احكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب له فانه اذا ابنى ليس له ان يكلفه القلع
ويرجع في الارض وبالمشتري شرا فاسدا اذا ابنى وبالمشتري اذا زرع فانه ليس له ان يكلف قلع الزرع بالاتفاق وهذا
اي ما قلنا انه لا يكلف لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله بتحمل الادنى وهو
زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البنا لوجوب ما يقابلها وهو البنا والغرس فيجب المصير اليه ووجه ظاهر الرواية ان المشتري بنى
في محل تعلق به حق متاكد للغير بحيث لا يقدر على اسقاطه جبرا من غير تسليط من جهة من له الحق وكل من بنى في ذلك نقض بناؤه
كالراهن اذا ابنى في المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشرا الفاسد فان بناهما
حصل بتسليط الواهب والبايع وهذا اي نقض البناء لحق الشفيع لان حقه اقوى من حق المشتري ويجوز ان يكون هذا بيانا
لكون حق الشفيع متاكدا لانه اي الشفيع يتقدم عليه اي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته ردا واجارته
وجعله مسجدا او مقبرة فكذا ينقض تصرفاته غرسا وبنا بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيها
تسليطا من جهته فلا ينقض وبخلاف الشرا الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند ابي حنيفة رحمه الله لان عدم الاسترداد
البايع في الشرا الفاسد اذا ابنى المشتري في المشترى انما هو قوله واما عندهما فله الاسترداد بعد البنا كالشفيع في ظاهر
الرواية قوله ولان حق الاسترداد معطوف على قوله لانه حصل فيهما اي في الهبة والبيع الفاسد ضعيف وهذا لا
يبقى بعد البنا وهذا الحق اي حق الشفعة يبقى ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي قيل فيه نظر لان
الاسترداد بعد البنا في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب انه يكون على غير
ظاهر الرواية اولانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله فلا معنى لايجاب القيمة راجع الى اول الكلام يعني اذا
ثبت الكلام بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري اذا بنى او غرس ثم استحق
رجع المشتري بالثمن لا بقيمة البنا والغرس على البايع دون المستحق فكذلك ههنا فقوله والزرع يقلع جواب عن قوله وكما اذا
زرع المشتري ولم يجب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين لان قوله وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري تضمن ذلك

لان الرصيح يندفع اعلى الضررين بالاهون انما يكون بعد المساواة في اصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطولب بالفرق بين بنا المشتري في الدار المشفوعة وصبغها باشيا كثيرة فان الشفيع بالخيار بين ان ياخذها ويعطي ما زاد فيها الصبغ وبين ان يتركها واجيب بانه القياس على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق ان النقض لا يتضرر به المشتري كثير الكلام النقض له بخلاف الصبغ وقوله وان اخذه بالقيمة معطوف على مقدر دل عليه التخيير وتقديره الشفيع بالخيار ان شا كلف القلع وان شا اخذه بالقيمة فان كلفه فذاك وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الاصل ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس فاستحقت الارض رجع بالثمن لا غير اخذه من البايع او من المشتري لانه تبين ان اخذه كان بغير حق وعن ابي يوسف انه يرجع بقيمة البنا والغرس ايضا لانه متملك على المشتري فنزل منزلة البايع والمشتري يتم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البايع بالثمن فكذلك الشفيع والفرق على المشهور من الرواية ما ذكره ان المشتري مغرور مسلط على البنا والغرس من جهة البيع ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار كلامه ظاهر والتامل فيه يرشد الى ان في قوله من قال انهم يعني الحنفية زعموا ان البنا اذا احترق لم يسقط شي من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن وكانهم اعتبروا الفعل الى ونار لا نقسنا لعله التامل فانه الغرق ليس فعلا الها وان منشاه ان البنا وصف والاوصاف لا يقابلها شي من الثمن اذا فاتت من غير فعل احد واما بعض الارض فليس بوصف لبعض اخر فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن وقد مر في البيوع وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مقصودا بالنقل فيبقى منقولا ولا شفعة فيه وقوله ومن ابتاع ارضا ظاهر وقوله وما كان مركبا فيه يعني مثل الابواب والسرر المركبة وقوله على ما عرف في ولد المبيعة يعني ان الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسري حكم البيع الى الولد اي كما ان حكم الاصل التبع حتى يكون الولد المشتري كالام وقوله في الفصلين يريد به ما اذا كان في النخل ثمر وقت الشرى ثم جده المشتري وما اذا لم يكن ثم اثمر ثم جده ثم جا الشفيع لان العلة هو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زال وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري والله الموفق

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال قال الشفعة واجبة في العقار اي الشفعة واجبة اي ثابتة في العقار وهو ما له اصل من دار او ضيعة وان كان مما لا يقسم ايه لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما تؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق التبعية فلا يؤخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحايط البستان واصله ما احاط به والجب يكون السقي وفي معنى القدر واختار الجوهري الفتح وقال انما يكون في ضرورة الشعر وقوله اذا لم يكن طريق العلو فيه لبيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفل بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار والمسلم والذمي فيها سوا وقال ابن ابي ليلى الشفعة رفق شرعي فلا يستحقه من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا العمومات من غير فصل والاستوا في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجار وذلك يقتضي الاستوا في الاستحقاق ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر من الجار فيتضرر من المال ويستوي الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا فاذا كان البايع غير المولى فللعبد الماذون الشفعة مديونا كان او لا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا وشرا العبد المديون من المولى جايز دون غيره قال واذا ملك العقار بعوض هو مال فقد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار وشرطها ان يتملك بعوض هو مال لان شرط الشرع وهو التملك بمثل ما يملك به المشتري صورة في ذوات الامثال او قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له يتملك بالسبب الذي ثبت سببا اخر ولهذا لا تجب في الموهوب لانه لو اخذه اخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي يملك به المتملك وعلى هذا لا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المراة عليها او يستاجر بها دارا او غيرها اي غير دار من عبد وحانوت او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفيع لا يقدر على تمليك هذه الاشيا للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما تملكه به وكان تفريع هذه المسايل على الاصل المذكور وهو قوله لانه امكن مراعاة شرط الشرع كافيا ولكنه استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله ان الشفعة عندنا انما تجب استثناها وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل واجر المثل في التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق والاعتذار الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها اصلا وقوله اي قول الشافعي بنا في اذا جعل شقصا من دار مهر المثل او ما يضاهيه اي ما يشابه المهر كبدل الخلع والاجرة لانه لا شفعة عنده الا فيه حيث لا يرى شفعة الجوار ولانها

مراعاته

لا يقبل القسمة كالحمام قوله ونحن نقول جواب عن جملة هذه الاعواض متقومة وتقريره ان تقوم هذه الاعواض اما ان يكون مطلقا او ضرورة والاول ممنوع والثاني مسلم لكن لا يظهر في حق الشفعة قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم لان اقرهما لان تقومهما بالعقد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله لان القيمة ما تقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق اسقاط وازالة والدم ليس الا حق الاستيفا وليسا من جنس ما يتقوم به وبيدها وقوله وعلى هذا البيان ان الفرض عند العقد وبعده سواء في كونها مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل او بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بان البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة في الشرا الفاسد واجيب بانه يجوز ان يكونا معلومين عند عقدهما وبانه جهالة في الساقط لا تفضي الى المنازعة والمفسد ما افضت اليها ولو تزوجها على دار على ان يرد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار اي في شي منها وقالا تجب في حصة الالف يقسم قيمة الدار على مهر المثل والالف درهم لانه مبادلة مالية في حقه اي في حق ما يخص الالف وابو حنيفة رحمه الله يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولو كان البيع اصليا لو قال لبايع بعت منك هذه الدار بالف على ان تزوجني نفسك وقوله ولان الشفعة دليل اخر وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة يقتضي المبادلة المالية واما ان يكون في المقصود ممنوع ووجهه انا كونها مقصودة لا بد منه الا ترى ان المضارب اذا كان راس ماله الفا فاتجر وربح الفا ثم اشترى بالالفين دارا في جوار رب المال لم يبعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح تابع لراس المال وليس في مقابلة راس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجي فكذا في حصة الربح وهو البيع قال او يصالح عليها بانكار عطف القدوري رحمه الله قوله او يصالح عليها بانكار على قوله او يعتق عليها عبدا في الصور التي لا تجب فيها الشفعة وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في اكثر النسخ نسخ المختصر وكلامه فيه ظاهر وقوله اذا لم يكن من جنسه اي اذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لانه اذا كان من جنسه كان اخذا لحقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا يعني في قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا الا ان يكون بعوض مشروط في العقد ولا بد من القبض فانه اذا وهب دار الرجل على ان يهب له الا في الف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا ولا بد ان لا يكون الموهوب ولا العوض شايعا لانه هبة ابتدا وقد قررناه في كتاب الهبة بشرط العوض تبرع ابتدا ومعاوضة انتها بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فانه لا تثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض ان كان العوض دارا لان كل واحد منهما هبة مطلقة عن العوض الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبايع لانه يمنع زوال الملك عن البايع وبقاء حق المالك يمنع عن الشفعة كما في البيع الفاسد فلان يمنع بقا ملكه كان اولى فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن الزوال وشرط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ انه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب فقوله وان اشترى بشرط الخيار ظاهر وقوله على تمام اشارة الى قوله من قبل وجب بعقد البيع الى ان قال والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البايع عن ملك الدار الخ قوله واذا اخذها اي اذا اخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما اي لاحد المتعاقدين عن البايع والمشتري فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر لبقا ملكه في التي يشفع بها فان اخذها بالشفعة كان نقضا لبيعه لانه تقرير ملكه واقدام البايع على ما تقرر ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لانه لو لم يجعل نقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوايدها المتصلة والمنفصلة فيتبين انه اخذها بغير حق وكذا اذا كان الخيار للمشتري وفيه اشكال وهو ما ذكره البلخي ان من اصل ابي حنيفة ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة خيار الشرط والشفعة لا تستحق الا بالنقض فكان تناقضا وقوله اوضحناه في البيوع قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير رابحة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الى اخره وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال رابحة كانت في حق السوال كذلك لان الجواب متضمن السوال وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان يكون اوضحه في كفاية المنتهي ولو كان الخيار للبايع لم تثبت الشفعة لاجل خيار البايع لا لاجل خيار المشتري قوله واذا اخذها يعني اخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بدون الدار المشتراة كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البايع وقوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها ظاهر وقوله واذا حضر شفيع الدار الاولى يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار له اي للشفيع ان ياخذها دون الثانية وهي التي اخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شرا فاسدا اول كلامه واضح في قوله ومن ابتاع دارا شرا فاسدا انه يحال الى ان عدم الشفعة انما هو اذا وقع فاسدا ابتدا الا ان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله الا ترى ان النصراني اذا اشترى من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما او قبض الدار ولم يقبض الخمر

فانه بعد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا قوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز
يعني الاخذ بالشفعة واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت الفساد في حق الشفيع كما لم يثبت في حقه الخيار الثابت
للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلا فساد ليصل الى حقه ولا يلزم تقرير الفساد واجيب بان فساد
البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفساد
فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسده فاما
البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا اشتراط خيار وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح جواب عما يقال احتمال
الفسخ في البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب ان المشتري ذلك صار احق
بالمبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالماذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره
وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل ان الفسخ وان كان محتملا فيهما لكن في الخيار المشتري يملك التصرف
في حال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفاسد لا يملكه لانه ممنوع عن التصرف واعترض بانا لا نسلم انه
بل له ان يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى للبائع حق النقض وفيه تقرير الفساد ايضا واجيب بانا لا نسلم ان له ذلك بل هو منهي
وقد يترتب على المحظور من الاحكام كالوطي حالة الحيض فانه يحلل المراة على زوجها الاول وتقرير الفساد المامور بنقضه
من الشرع وارى ان قوله لحق الفسخ ثابت في الشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير له كان كافيا وورود الخيار
للمشتري كان يندفع بقوله لدفع الفساد وفي ايجاب حق الشفعة فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع لكنه لدفع الفساد
لكنه اتى بالسؤال والجواب اشارة الى ان الشفعة تستحق على المالك ملكا غير محظور او على من صار احق بالبيع تصرفا والمشتري
بالخيار ان لم يكن مالكا فهو احق بالتصرف والمشتري شراء فاسدا ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس
عند ابي حنيفة وبالبيع من اخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فللبائع
الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو اي المشتري شفيعها لان الملك له لا يقال في ذلك تقرير الفساد ايضا لان اخذ
الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لانا نقول للمشتري بعد اخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من
نقض المشتراة بشراء فاسد مع عدم الفساد في التي اخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبت الشفعة ثمه لا نتقل الشراء
الفاسد من المشتري الى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقريره فلا يجوز فان قيل الملك وان كان للمشتري وهو يقتضي
ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتراة بشراء فاسد
فان بقاء ذلك منع الشفيع عن اخذ المشتراة بالشراء الفاسد اجيب بان ذلك مجرد تعلق حق الغير وهو لا يمنع عن الشفعة
كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ
في تلك المسئلة لم يكن لمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقرير ههنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري
من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد ثم ان سلم البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشتري قبل الحكم بالشفعة للبائع بطلت
الشفعة لزوال ما كان يستحقها به كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بها
ليس بشرط وان استردها اي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لانقطاع
ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ولا يثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا وان استردها بعد الحكم
بقيت الثانية له لما بينا ان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط قال ـــــ واذا اقتسم الشركاء
الدار فلا شفعة لجارهم بالقسمة واذا اقتسم الشفعاء لشركاء الدار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا
يجري فيه جبر القاضي والشفعة ما جعلت الا في المبادلة المطلقة ولانها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو
متعذر واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او خيار شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة
للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والافرق في هذا يعني فيما اذا كان الرد بالقضاء بين القبض وعدمه واما
اذا ردها بعيب بغير قضاء فاما ان يكون قبل القبض او بعده فان كان الاول فلا شفعة لانه فسخ من الاصل ولهذا يتمكن من
الرد بغير رضا صاحبه او قضاء القاضي وان كان الثاني وهو مراد القدوري ففي الشفعة على ما ذكر في الكتاب قال الشارحون
قوله ومراده اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله
هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما فما
هو رواية الكتاب معناها ولا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار رؤية لما ذكرنا انه فسخ من الاصل واما رواية الفتح فقد اثبتها الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية في القسمة لانه لو رده بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة
في ساعته لم يكن في الرد فائدة وفيه نظر سيعلم والكرخي وفخر الاسلام ومن تابعه كالصدر الشهيد وصاحب الهداية هذه الرواية
كما ذكر في الكتاب والامام قاضي خان في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلا او موزونا من جنس واحد
لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون عين ما وقع في الاولى او مثله ولا فائدة فيه فاما اذا
كانت

باب ما يبطل به الشفعة

كانت عقارا او غيره فانهم اذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا
تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب
الشفعة او لم يعلم وعلم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط
الحق بعد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم يعني
طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وانما قيد بذلك كيلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك
ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب الاشهاد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة
وقوله ههنا لا عراضه عن الطلب وهذا يعني الاشتراط بالقدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته
وكذا ان طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما اوضحه فيما تقدم وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة
ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل
لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاطه لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان يعلق
اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري اسلمتك شفعة هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فبالفاسد
وهو ما ذكر فيه المال اولى والفاصل بين الملائم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية
والتولية ونحوها فهو ملائم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيه كذلك كاخذ العوض فهو غير ملائم لانه اعراض
عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشروط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط
فكيف يصح الاستدلال به لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصح به الاستدلال وقوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا
كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن
وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز
لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض قوله وكذا لو باع شفعته يعني انها تبطل لما بينا ان حق الشفعة
كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير اموال والاعتياض عنها صحيح اجاب بقوله بخلاف القصاص لانه
حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما يتقرر بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك
في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في ذمته فكان
حقا متقررا او بخلاف الطلاق والعتاق فانه اعتياض عن ملكه في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني
بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت المخيرة الزوج وامراة العنين ترك الفسخ سقط
الخيار ولا تثبت العوض لانه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان اخذ العوض اكل مال بالباطل
وهو لا يجوز والكفالة بالنفس في هذا اي في بطلان الكفالة والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة
والكفالة والصلح من رواية ابي حفص رحمه الله وقيل وعليه الفتوى ووجهه ان حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا
يصح الاعتياض عنه وفي رواية كتاب الصلح من رواية ابي سليمان رحمه الله لا تبطل الكفالة ولا يجب المال والفرق
بينها وبين الشفعة ان الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضا ولهذا لا يسقط بالسكوت وتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال
فاما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية اي رواية ابي سليمان في الكفالة
تكون رواية في الشفعة ايضا حتى لا يسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال وقيل هي اي هذه الرواية المذكورة
في الكفالة خاصة اي لا تبطل الكفالة بالصلح على مال ولا يجب المال وتبطل الشفعة بالصلح على مال وقد عرف في
موضعه اي في المبسوط قال ـــــ واذا مات الشفيع بطلت شفعته اذا طلب الشفيع الشفعة واشهد بطلبها
ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل قضاء القاضي بالشفعة او تسليم المشتري اليه او بعد ذلك فان كان الاول
بطلت شفعته ليس لورثته ان يأخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك وقال الشافعي رحمه الله الاول كالثاني بناء على اصله
ان الحقوق اللازمة تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها او لم يكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكونه خليفة
كما جنة وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذي ثبت للوارث حدث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيام
وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا لو ازاله باختياره بان باع سقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط
في ان الثابت للشفيع حق ان يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق ولا يباع
الدار في دين المشتري ووصيته اي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم
على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته ايضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي
او وصيه في دين الميت فللشفيع ان ينقضه كما لو باعها المشتري في حياته لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقض لانه
قضاء منه بخلاف الاجماع للاجماع على ان للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع به
قبل القضاء بها فاما ان يكون باتا او بالخيار له فان كان الاول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل

التملك ولهذا اي ولان زوال السبب مبطل يبطل به اي بالبيع وان لم يعلم الشفيع ببيع المشفوعة لان العلم بالمسقط
ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا اسلم صريحا او ابرا عن الدين ولا يعلم ان الدين عليه وطولب بالفرق بينهما وبين ما اذا ساوم
الشفيع المشفوعة من المشتري او استاجرها منه فان علم بالشرى سقطت والا فلا واجيب بان المساومة والاجارة لم يوضعا
للتسليم وانما يسقط بالدلالة لدلالتها على رضى الشفيع والرضى بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء وردا
بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم انه يبطلها وان لم يعلم واجيب بان بقاء ما يشفع به شرط اي وقت القضاء
بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل شفعته لان الخيار
يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البايع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا
هو شفيعه كالبيع او بيع له كرب المال اذا باع المضارب دار المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى
كوكيل المشتري او اشترى له كالموكل بالشرا فله الشفعة لما ذكر في الكتاب ان الاول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع بالشفعة م
الثاني ليس كذلك لان اخذه بالشرا لكونه رغبة في المشفوعة والشفعة انما تبطل بالرغبة عنها وكذلك اي كوكيل البايع
لو ضمن المشتري الدرك رجلا عن البايع وهو الشفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري
بدونه فكان الاخذ بالشفعة سعيا في نقض ما تم من جهته وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره الخ واذا بلغ الشفيع انها
بيعت بالف فسلم الشفعة فعلم انها بيعت باقل منها او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته اما
في الاول فلانه انما سلم استكثارا بالثمن المذكور فاذا ظهر اقل من ذلك بطل تسليمه قال في النهاية كانه قال سلمت لان
كان الثمن الفا اراد انه تسليم مشروط بشرط فينتفي بانتفا شرطه وفيه نظر سياتي بخلاف ما اذا ظهر اكثر من الالف فان استكثر
الالف اكثر استكثارا للاكثر فكان التسليم صحيحا واما في الثاني فلانه ربما لم يتقدر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به
اذ الجنس مختلف قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل مما اشتري من الدراهم كان
كان تسليمه باطلا ايضا وتكلف لذلك كثيرا او هو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح
اذا ظهر اقل كان اولى وكذا كل كيلي او موزون او عددي متقارب لكونه في معنى المكيل بخلاف ما اذا علم انها بيعت
بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فصار كما لو قيل بيعت بالف فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك
ولو كان قيمته اكثر من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر انها بيعت قيمتها الف او اكثر فلا شفعة له وقال زفر رحمه الله له
الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا احل التفاضل بينهما ولنا انهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة احدهما
بالاخر متيسرة عادة واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار فان الجوار
بجوار شخص قد لا يكون رضي بجوار غيره قال محمد رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت
اشتريتها وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم ولنا ان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة
اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يسقط الا بعد وجوده وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رحمه
الله فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجايز بالشرط فبالفاسد اولى وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف
رحمه الله على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع وقد يكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه
ولا يحتاج الى الجميع فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل لاحتمال ان
يكون الجار فاسقا يتاذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه وكلامه
واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانقطاع الجوار وقوله الا ان المشتري في الثاني شريك لانه حين اشترى الباقي كان
شريكا في الجزء الاول واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه
بعد فيتقدم على الجار وقوله فان اراد الحيلة هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفيع في الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق
الشفعة وقوله الا انه اذا استحقت المشفوعة استثناء من قوله وهذه اقرب يعني انها حيلة عامة الا ان فيها وهم وقوع الضرر
على البايع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لا يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بايع الدار فيتضرر به اي يرجع
مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو اضعاف قيمة الدار وقوله والاوجه اي احوط تقريره اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة
الاف درهم يبيعها بعشرين الفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحقت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما
يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري
على البايع ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين فان الصرف يبطل وقوله ولا تكره الحيلة اعلم ان الحيلة في هذا الباب اما ان يكون للدفع
بعد الوجوب او للرفع فالاول مثل ان يقول المشتري للشفيع انا اوليكها فلا حاجة لك في الاخذ فيقول نعم يسقط به الشفعة
وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند ابي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب
وهذا القايل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل
الزكاة

مسايل منثورة

مسايل متفرقة في اخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك لم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسايل
الشفعة

الشفعة الاخذ والقاطعة ظاهرة سوى ما ننبه عليه قوله فيتضرر به اي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر زيادة ضرر التشقيص
فان اخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا يشرع على وجه يتضرر به
الدخيل ضررا زايدا وقوله ولا فرق في هذا اي في جواز اخذ الشفيع احد المشتريين بينما اذا كان قبل قبض المشتري الدار
وبعده وقوله هو الصحيح احتراز عما رواه القدوري قال روي عنهم ان المشتري اذا كانوا اثنين لم يكن للشفيع ان ياخذ
نصيب احدهما قبل القبض لان التملك يقع على المشتري وقد اخذ منه جميع ملكه وقوله بمنزلة احد المشتريين يعني ان
احد المشتريين اذا نقد عليه من الثمن ليس له ان يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا
يلزم تفريق اليد على البايع وقوله لان العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء اي اذا كان المشتري
واحدا والبايع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما وان لحق المشتري
ضرر عيب الشركة لانه رضي هذا العيب حيث اشترى كذلك واما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع
ومن اشترى نصف دار غير مقسومة فقاسمه البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او ترك وليس له ان ينقض القسمة
بان يقول للمشتري ادفع الى البايع حتى اخذ منه سواء كانت القسمة بحكم او بغيره لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع
ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض ليعيد الدار الى البايع وان كان له فيه نفع بعود العهدة على البايع
فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه
فان للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فانه لم يجر بين المتعاقدين فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع
بل هو تصرف بحكم الملك فكان مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة كالبيع وغيره من التصرف كالهبة واطلاق الجواب في الكتاب اي
في الجامع الصغير وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في
اي جانب كان وهي رواية عن ابي يوسف رحمه الله والباقي ظاهر قال وتسليم الاب والوصي الشفعة قد ذكرنا ان الكبير
والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفا حقوقه وهو
الاب ثم وصيه ثم جده ابو ابيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي ثم فان لم يكن احد هو الصغير على شفعته اذا ادرك فان ترك
هؤلا الطلب مع الامكان او سلم بعد الطلب سقطت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ
قال المشايخ وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة لكن عند ابي حنيفة رحمه الله اذا كان في مجلس
القاضي لان الوكيل بطلبها قايم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي وعند ابي يوسف فيه وفي غيره لكونه نايبا عن الموكل
مطلقا وعند محمد وزفر لا يصح منه التسليم اصلا وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي ان محمدا مع ابي حنيفة في جواز تسليم الوكيل
الشفعة خلافا لابي يوسف لمحمد وزفر رحمهما الله انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وفي بعض النسخ كدينه والاول يناسب
به وهو قوله وقوده والثاني رواية المبسوط لانه قال كالابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له ولانه شرع لدفع الضرر
وفي ابطاله اضرار به ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه في معنى التجارة لانه تملك العين فيملكانه يوضحه انه لو اخذها
الولي بالشفعة ثم باعها بعينها جاز فكذلك اذا اسلمها اليه بل اولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه ووضحه بقوله الا
ترى وهو واضح وقوله ولانه دايرة دليل اخر يتضمن الجواب عن الدية والقود لان النظر في هذا قد يكون في تركه ليبقى الثمن
على ملكه بخلاف الدية والقود فانه ترك بلا عوض فيكون اضرارا به وقوله وسكوتهما كابطالهما لما كان ما ذكر من الدليل مختصا
بالتسليم اردفه بقوله وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها او الغبن اليسير من المثل فان بيعت
باكثر من قيمتها بغبن فاحش قيل جاز التسليم بالاجماع يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق وهو الاصح
فانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي فيكون الصبي على حقه اذا بلغ وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة
لا يصح التسليم منه واذا لم يصح عندنا لا يصح عند محمد وزفر ايضا لانهما لم يريا بتسليمها اذا بيعت بمثل الثمن فلان لا يريا اذا
بيعت باقل بمحاباة كثيرة اولى وانما خص قول ابي حنيفة رحمه الله بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولها
ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفهما في ماله انما يكون بالتي هي احسن وليس تركها
هاهنا كذلك ولهذا المعنى ايضا حقق قول ابي يوسف بقوله ولا رواية عن ابي يوسف لانه كان مع ابي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا
بيعت بمثل قيمتها

كتاب القسمة

اورد القسمة عقيب الشفعة لان كل واحد منهما من نتايج النصيب الشايع
فان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقا ملكه طلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة وقدم الشفعة لان بقا
ما كان على ما كان اصل وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتدا وفي الشريعة جمع النصيب الشايع في مكان معين وسببها
طلب احد الشركا الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنه ما يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات
والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها ان لا يفوت منفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم
الحايط والحمام وهي مشروعة في الاعيان المشتركة لان النبي عليه السلام باشرها في الغنايم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث
بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الامثال لان ما يجتمع لاحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو

باخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فعلى هذا كانت المبادله وافرازا والمعني من الافراز هو ان يقبضه لعين حقه
والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت فكان كلما اخذ احدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه بيقين
فاخذ مثل الحق بيقين بمنزلة اخذ العين الا ترى ان اخذ المثل في القرض جعل كاخذ العين فجعل القرض لذلك بمنزلة العاريه
فكان الافراز فيها اظهر لا محاله ولهذا كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه واقتسماه جاز لاحدهما ان
يبيع نصيبه بنصف الثمن ومعني المبادله هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه
عند غيبة الاخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحه بعد القسمه وتحقيقه ان ما ياخذ كل واحد منهما ليس مثلا
لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما ولما استشعر ان يقال لو كان معني المبادله هو الظاهر في الحيوانات والعروض
لما اجبر الآبي على القسمة في ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركا
لان فيه معني الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضا الدين فان المديون
يجبر على القضا والديون تقضى بامثالها فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته وهذا اجبر في المبادله قصدا وقد جاز فلان يجوز بلا
قصد اليه اولى وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه
فيجب على القاضي اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره وان كانت من اجناس
مختلفه كالغنم والبقر والابل لا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المعادله باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو
تراضوا عليه ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادله والتراضي في التجارة شرط بالنص قال ينبغي
للقاضي ان ينصب قاسما كلامه واضح الا انا ننبه عليه بقوله لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة لانه متى يصل اليه اجر عمله
على كل حال لا يتهم باخذ الرشوة او الى البعض ويجوز للقاضي ان يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين اجرا لكن الاولى ان لا
ياخذ وهذا لان القسمة ليست بقضا على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على
القسمة الا ان لها شبها بالقضا من حيث انها تستفاد بولاية القضا فان الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضا
جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضا يستحب ان لا يؤخذ وقوله عدلا مامونا ذكر الامانة بعد العداله وان كانت من
لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة وقوله والو اصطلحوا فاقتسموا يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا بانفسهم
باصطلاحهم فهو جائز لما ان في القسمة معني المعاوضه فيثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات وقوله كاجرة الكيال والوزان وحفر
البير المشتركه يعني اذا استاجروا الكيال والوزان ليفصل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجر على قدر الانصبا وكذلك
الوزان والحافر وقوله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وتحقيقه ان القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على
الحدود لانه لو استعان في ذلك بارباب الملك استوجب كال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على ان الاجرة في مقابلة القسمة
وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصبا ويزداد دقة بقلة الانصبا فلعل تمييز نصيب صاحب
القليل امس ويجوز ان يعكس عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكثرة ما وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم بأصل
التمييز بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله وان لم تكن القسمة بان اشتريا مكيلا او موزونا
وامرا انسانا بكيله ليصير الكيل معلوم القدر فالاجر بقدر الانصبا وهو العذر لو اطلق ولا يفصل يعني لو اطلق ابو حنيفة
في الجواب وقال اجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة اولا فلا عذر له في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب
الكثير اكثر فكان اصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القاسم فانه قد يقسم كما تقدم وقوله ولا يفصل تاكيد وبيان وقوله وعنه
اي عن ابي حنيفة ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا احضر الشركا عند القاضي
اذا احضر الشركا عند القاضي وفي ايديهم مال وطلبوا القسمة فاما ان يكون عقارا او غيره فان كان عقارا فاما ان يكونوا
ادعوا انهم ورثوه او اشتروه او سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينه
على موته وعدد ورثته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقسمه باعترافهم وان كان الثاني قسمه بينهم بالاعتراف وان كان الثالث
قسمه بينهم على ما نذكره وان كان غير عقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما ان الامتناع عن القسمة انما يكون للشبهة
في الملك او للتهمة في دعواه او لمنازع للمدعي في دعواه ولا شي من ذلك بمتحقق لان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق
والغرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وطلب البينه ليس بلازم لانها لا تكون الا على منكر
ولا منكر هنا فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة اي في الصك الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم ليلا يكون حكمه متعديا الى
غيرهم ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمة قضا على الميت اذ التركه قبل القسمة مبقاه على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه
فيها ويقضى ديونه منها وبعده لا وقالوا اذا اوصى بربع الف ان ولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيها بقدر الثلث كانه اوصى
بها بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للوصي له فدل على ان التركه مبقاه على ملك الميت فكانت القسمة قضا على الميت
فلا بد له من حجة وهي اما الاقرار الورثه وبينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينه وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما
فلا يفيد وذلك لان بعض الورثه ينتصب خصما بان يجعل احد الحاضرين مدعيا والاخر مدعى عليه فان قيل كل منهما مقر

بدعوى

بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعي عليه اجاب بقوله ولا يمتنع ذلك اي كونه خصما بسبب اقراره لجواز اجتماع الاقرار
مع كونه خصما كما في الوارث او الوصي المقر بالديون فانه انما يقضى عليهما بالبينه بديون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان
المدعي يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثه
لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينه ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثه ولا يلزمهم ثبت ذلك الا
بالبينه قوله بخلاف المنقول جواب عن قولهما كما في المنقول الموروث وهو على وجهين احدهما قوله لان في القسمة نظرا الى
الحفظ والثاني ان المنقول مضمون على من وقع في يده قبل القسمة ففي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار
عند ابي حنيفة فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده وبخلاف جواب عن قولهما والعقار المشتري على ظاهر الروايه فقد
روي عن ابي حنيفة في غير الاصول ان القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشرا والميراث ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب
ان المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البايع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضا على الغير قوله وان ادعوا الملك هذا هو القسم
الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله هذه يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينه روايه كتاب القسمة
واعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيما البينه على الملك لاحتمال ان يكون ما في ايديهما ملكا لغيرهما فانهما
لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير فيكون مشتري فيكون ملكا لهما لان الاصل ان يكون الاملاك
في يد ملاكها فلا يقسم احتياطا قيل هذا قول ابي حنيفة خاصة وعندهما يقسم بينهم لانهما يقسمان في الميراث بلا بينه ففي هذا
اولى وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعه وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة
والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينه فامتنع الجواز
قال وان حضر وارثان واقاما البينه وان حضر الوارثان واقاما البينه على الوفاة وعدد الورثه والدار في
ايديهم ومعهم وارث غايب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغايب قيل قوله في ايديهم وقع
وارث وقع سهوا من الناسخ والصحيح في ايديهما لانها لو كانت في ايديهم لكان البعض في يد الغايب ضرورة وقد ذكر
بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في الوارث الغايب او شيا منه لم يقسم واجيب بانه اطلق الجمع واراد المثنى بطريقة قوله
وارثان واقاما لكنه مليس وكذا لو كان مكان الغايب صبيا يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغايب والصبي
نظهور نصيبهما ما في يد الغير ولا بد من اقامة البينه في هذه الصورة يعني فيما اذا كان معهما صبي عند ابي حنيفة كما اذا
كان معهما غايب خلافا لهما كما ذكرنا من قبل يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينه على موته وعدد ورثته
وقالا صاحباه يقسمها باعترافهم ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينه على الشرى وذكر الفرق بينهما
واضح قوله ويصير مغرورا اي اشترى المورث جاريه ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث
به على البايع كالمورث وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينه وعدمها يعني فيما اذا كان العقار في يد الوارث
الغايب او شيا منه وقوله كما اطلق في الكتاب يعني به قوله لم يقسم من غير ان يذكر اقامة البينه وقوله هو الصحيح احتراز
عما ذكر في المبسوط وان كان شي من العقار في يد الصغير او الغايب لم اقسمها باقرار الحضور على تقوم البينه على اصل الميراث
لان في هذه القسمة قضا على الغايب والصغير باخراج شي مما كان في يده وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينه
لانه لا يصلح مخاصما ومخاصما فان الحاضر ان كان خصما عن نفسه فليس ثمه خصم عن الميت وعن الغايب وان كان خصما عنهما فما ثمه
من يخاصم عن نفسه ليقيم البينه بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين والباقي ظاهر

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

لما تنوعت مسايل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم بينهما قال واذا كان كل واحد من الشركا
ينتفع بنصيبه اذا طلب احد الشركا الشفعه القسمة فاما ان ينتفع كل بنصيبه او بعضهم او لا ينتفع منهم احد فان كان
الاول قسم القاضي بطلب احدهم جبرا على من ابى لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه يريد به
قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركا لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد
والمبادله مما يجري فيه الجبر كقضا الدين الخ وان كان الثاني فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل
لم يقسم لما ذكر من الفرق في الكتاب وذكر الخصاص على قلب هذا وهو ان يطلب صاحب القليل القسمة ويابى صاحب
الكثير ووجهه ظاهر وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه لان دليل القول
الاول دليل احد الجانبين ودليل قول الخصاص دليل الجانب الاخر والاصح هو المذكور في الكتاب لان القسمة ربما هو الاول
رضي صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيا وانما الملزم طلبه الانتفاع من القاضي وانتقاله الى منفعته وذلك
لا يوجد عند طلب صاحب القليل وان كان الثالث بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا لا ينتفع كل منهما بالقسمة وطلب احدهما
القسمة لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعه وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف
بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعني يجبر على ذلك لان في حصول التراضي
لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعه ولا يقسم الجنسين

بعضها لبعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي وقوله ويقسم
القاضي كل مكيل وموزون ظاهر وقوله ولا يقسم شاة وبعيرا يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب احد الورثة
في الشاة خاصة ونصيب الاخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة
من اصل واحد كالاجانه والقمقم والطست المتخذة من صفر ملحقة بالجنس الواحد فلا يختلف الجنس فلا يجمعها حيث يقسمها القاضي جبرا وكذلك
الاثواب المتخذة من القطن او الكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقبا والجبة والقميص ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف
ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر بسبب القطع لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع ترك بعض الشركا
فان رضيا بذلك قسمه بينهما ولا ثوبين اذا اختلف قيمتهما لما بينا يعني ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة
ان التعديل بينهما لا يكون الا بزيادة دراهم مع الاوكس والدراهم لم تكن مشتركة فيرد عليها القسمة فكان معاوضة فكان بخلاف
ثلاثة اثواب اذا اجعل ثوب بثوبين يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين واراد احدهما القسمة واب الاخر
يقسم القاضي بينهما ويعطي احدهما ثوبا والاخر ثوبين وكذا ان استقام ان يجعل احد القسمين ثوبا وربع ثوب والاخر
وثلاثة ارباع ثوب فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه لانه قسمة البعض دون البعض
وذلك جائز لانه يتيسر عليه التمييز في بعض التركة ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركا فكذلك
في البعض وما ثمه معاوضة يحتاج الى التراضي وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر الرقيق اذا كان بين اثنين
وطلب احدهما القسمة فلا يخلو اما ان يكون مع الرقيق شي اخر فيصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب اولا يكون فان كان
صح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة
جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة وقد ثبت الحكم للشي تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف
وان لم يكن فان كانوا ذكورا او اناثا لا يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا او اناثا لا يقسم القاضي بينهما في قول ابي
حنيفة رحمه الله ولا يجبر بهما على ذلك وقال صاحباه يجبر بهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم والرقيق المغنم ولابي
حنيفة ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطلة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم
من يصلح للتجارة ومنهم للفروسية وغير ذلك فيعتبر جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فانه سائر الاشياء فلم يكن ذلك قسمة ولو
بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان ومن سائر الحيوانات
جنس واحد بخلاف المغانم جواب عن قولهما ورقيق المغنم وذلك لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمها
ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا فان قيل لو تزوج او خالع على عبد فهو صار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك
اجيب بان القسمة يحتاج الى الاقرار ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج اليه واما الجواهر الخ فهو اصح قال
ولا يقسم حمام ولا بير ولا رحى والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفا الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما
بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبير والرحى ضرر لهما او لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي ومن المشايخ
من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متلفا لكن لو اقتسما لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله بما بينا اشارة الى
ما ذكره في اول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما قوله واذا كانت دور مشتركة هنا ثلاثة
فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت او متفرقة لا يقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت تقسم
مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا
سواء كانت في محال او دار واحدة بعضها في ادناها وبعضها في اقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت
في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت
قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا يقسم قسمة واحدة وبهاتين العقول كلها يقولان ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي
القسمة على ذلك وقوله على ما مر يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع قوله وان كانت دار وضيعة او دار وحانوت
الى اخره واضح الا ما يذكره ان خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي
رحمهم الله وقوله ان اجارة منافع الدار بالحانوت اي بمنافع الحانوت لانه لو جعل نفس الحانوت اجرة لمنافع الدار صح
وقوله اوتيتني حرمة الربوا هنالك اي في اجارات الاصل على شبهة المجانسة يعني ان كانت منافع الدار والحانوت
لاتحاد اصل السكنى والمعقود منهما استشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر الشبهة
دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب
ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بالاتحاد قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة
المجانسة ووجه اخر في التوفيق ان يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث الذات فلا يجوز القسمة الواحدة ويراد
الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فيمتنع الاجارة لشبهة الربوا

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما
يقسم وما لا يقسم بين كيفية فيما يقسم لان الكيفية صفة فيتبع جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف قال وينبغي
للقاسم

للقاسم ان يصور ما يقسمه اذا اشرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه اي يكتب على كاغذه ان فلانا نصيبه كذا
وفلانا كذا ليمكنه حفظه اذا اراد رفع تلك الكاغذة الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه ويعدله يعني تسويه على سهام
القسمة ويروى يعزله اي يقطعه عن القسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الاخرة اذ البناء يقسم
على حدة فربما يقع في نصيب احدهم شي منه فيكون غالب بقيمتها ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه ان امكن ذلك
لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث الى ان تفرغ السهام ويكتب
اسماءهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا الخ قال الامام حميد الدين رحمه الله صورته الحال بين جماعة لاحدهم سدسها ولاخر
ثلثها يجعلها ستة اسهم ويلقبه الجزء الاول بالسهم الاول والذي يليه بالثاني والثالث وعلى هذا ويكتب اسماءهم ويجعلها
قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب
الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان صاحب النصف الاول فله الجزء الاول واللذان يليانه قوله وقوله في الكتاب
واصح وقوله والقرعة لتطييب القلوب جواب الاستحسان والقياس يابى ها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة
وذلك قمار ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة ولكن تركناه ههنا بالتعامل
الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس في معنى القمار لان اصل الاستحقاق
فيه يتعلق بما يستعمل فيه واما ما نحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب وانت هذا
الجانب كان مستقيما الا انه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا ترى
ان زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه لعلمه بكونه احق بها لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم
قال ولا يدخل في القسمة الدراهم جماعة في ايديهم عقار اراد وااقتسامه وفي احدهما بناء فضل فاراد احدهم
ان يكون عوض الفضل دراهم والاخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة وان تراضوا ادخلها لانه لا شركة في الدراهم
والقسمة حق فيه الشركة ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان احدهما يصل الى عين العقار والاخر في ذمته فقد لا يصل
اليه وليس بين ما يصل الرجل اليه في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب ابو يوسف
في اذا كان ارض وبناء الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وابو حنيفة
الى ان الارض تقسم بالمساحة لانها الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على
الاخر حتى يساوي فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج
ومحمد الى ان يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساوي من العرصة فان لم تساوي العرصة قيمة البناء فحينئذ يرد الفضل
دراهم لان الضرورة تحققت في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا ابوافق رواية الاصل لانه قال فيه يقسم
الدار مذارعة ولا يجعل لاحدهما على الاخر فضل من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح قوله فان قسم بينهم يعني ان قسم
القاسم الدار المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الماء في نصيب الاخر او طريق فلا يخلو اما ان يكون صرف ذلك
عنه اولا فان امكن فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الاخر سواء كان ذلك مشروطا في القسمة او لم يكن لانه امكن
تحقيق معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير ضرر بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الاخر بصرف الطريق
والمسيل الى غيره فلا يدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا اشترطت فيه دخلت لانه امكن تحقيق
معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا يدخل الا بالشرط وان لم يمكن فاما ان اشترط ذلك في
القسمة اولا فان كان الثاني فسخ القسمة لانها مختلة لما فيها من الضرر وبقاء الاختلاط فيستانف وهذا بخلاف البيع فانه
اذا باع دارا او ارضا ولا يتمكن المشتري من الاستطراق والا من تسييل الماء ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقصود
منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال كما لو اشترى جحشا صغيرا واما القسمة فانها لتكميل المنفعة ولا يتم
ذلك الا بالطريق وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص
باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتحريره ان
في القسمة تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر الى التكميل تدخل وان لم يذكر وبالنظر الى الافراز لا يدخل وان ذكرت لان
دخولها ينافي الافراز فعملنا يدخل عند التنصيص ولا يدخل عند عدمه اعمالا للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة
حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير
ذكر ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن القسمة فقال بعضهم لا ندع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم
بل ندع ينظر القاضي في احوالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتح في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يترك للجماعة
لتحقق الافراز بالكلية دونه اي دون رفع الطريق وان كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما
وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره اي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم يجعل سعة الطريق اكثر من عرض
الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك جعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة تندفع به فلا فائدة في جعله

ارض ...

دراهم

اعرض من ذلك وفايدة قسمة ما ورا طول الباب من الاعلى ان احد الشركا اذا اراد ان يشرع جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهوا فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فكان بانيا على الهوا المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركا وان كان المقسوم ارضا فيها فيرفع من الطريق مقدار ما يمر فيه ثور واحد لانه لابد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما يمر به ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج اليه يحتاج الى العجلة فيؤدي الى ما لا يتناهى كذا في النهاية وبقية كلامه واضحة

قال —— واذا كان سفل لا علو له صورة المسلة ان يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لاخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لاخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل متصل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيد بذلك ليلا يقال يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله اذ اظهر ذلك فاعلم ان علماونا اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع لانه الاصل في القسمة في المذروع لكون الشركة فيه لا في القيمة وقال محمد رحمه الله يقسم بالقيمة فان كانت قيمتهما سوا كان ذراع بذراع وان كانت قيمة احدهما نصف قيمة الاخر يحسب ذراع بذراعين وعلى هذا الحساب لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البير واتخاذ السرداب والاصطبل وغير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع من السفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلد ان في تفضيل السفل على العلو او العكس من ذلك او استوايهما او هو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب ابو حنيفة بنا على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف بنا على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في حق منفعة السكنى ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقال بعضهم بل مبناه معنى فقهي ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل ترجح على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو دون العكس وكذا السفل فيه منفعة البنا والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البنا على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالاخر على اصله ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقوله ولا يتفرع الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة رحمه الله في مسلة الكتاب ان يجعل بمقابلة ماية ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فثلثة وثلثون وثلث من علو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلثة وثلثون وثلث من سفل الكامل في مقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام ماية ويجعل بمقابلة ماية ذراع من السفل المجرد ماية ستة وستين وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من علو الكامل في مقابلة ثلثة وثلثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام ماية وتفسير قول ابي يوسف ظاهر على ما ذكر في الكتاب قوله واذا اختلف المتقاسمون فشهد القاسمان بعضهم لبعض بنصيبي في يد صاحبي وشهد القاسمان قبلت شهادتهما ذكره القدوري ولم يذكر خلافا وكانه مال الى قوله الخصاف فانه ذكر قول محمد كقولهما وقوله وانه اي التمييز لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم قبل الا ان الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما اما اذا كان القاضي او نايبه يقسم فليس لبعض الشركا ان يابى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة اخر ذكرها والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وينقض القسمة الا ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر فعلى هذا اذا ادعى الغلط في القسمة وزعم ان من اصابه شي في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفا لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان اقامها فقد نور دعواه بها وان عجز عنها استحلف الشركا لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا استحقوا الرجا النكول فمن حلف لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما اذا ذكر في الكتاب ولا تحالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف رحمه الله ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا يعني وان اقام البينة لتناقضه لانه اذا اشهد على نفسه اي اقر بالاستيفا والاستيفا عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله واليه اشار من بعد يريد به قوله وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفا وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشارة ان هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا اوجب ان لا تقبل دعواه اصلا وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه وعجز عن اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو

اما ان يكون يسيرا او فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سوا كانت القسمة بالتراضي او بقضا القاضي لان الاحتراز عن مثله عسر جدا وان كان الثاني فان كانت القسمة بقضا القاضي فسخت لان الرضا منهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كان بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه كان يقول لقايل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه اما البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي ولقايل ان يقول تسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشيا المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين كان ياخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رحمه الله وبعض المشايخ كانوا ياخذون بالقول الثاني قوله ولو اقتسما دارا هو عين مسلة اول الباب لكن اعادة لزيادة بيان وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله وكذا اذا اختلفا في الحدود قيل صورته دار اقتسمها رجلان فاصاب احدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه داخل في حده واقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قوله لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد والباقي واضح

فصل —— لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق واذا استحق بعض نصيب احدهما فهنا ثلثة اوجه استحقاق بعض معين في احد النصيبين او فيهما جميعا واستحقاق بعض شايع في النصيبين واستحقاق بعض شايع في احد النصيبين ففي الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تفسخ وعند ابي حنيفة رحمه الله ولكنه تخير ان شا رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شا رد ما بقي واقتسما ثانيا وقال ابو يوسف رحمه الله ومحمد مع ابي يوسف على رواية ابي سليمان ومع ابي حنيفة على رواية ابي حفص وهو الصحيح وصورة المسلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سوا بان يكون قيمة الدار الف وماتي درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستماية درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما ان شا نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شا رجع على صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وهو ثلثماية فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته ماية وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير في يد كل من الشريكين اربع ماية وخمسون درهما والمجموع تسع ماية وهو ثلثة ارباع الف وماتين قال المصنف رحمه الله ذكر الاختلاف يعني القدوري في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار ان الاختلاف في استحقاق بعض بعينه من نصيب احدهما قال صاحب النهاية وصفه بحواله هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسلة مذكورة في الاسرار في الشايع وضعا وتعليلا من اوله الى اخره وتكريرا بلفظ الشايع غير مرة واقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقدير كلامه واذا استحق بعض شايع في نصيب احدهما بعينه والصحيح ان يكون الاختلاف في الشايع لان في المعين لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شايع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القسمة فيها فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شايع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الافراز اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في النصيب الاخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الاخر شايعا بخلاف المعين فان باستحقاق بعض معين بقي الافراز فيما وراءه لكنه يتخير ان شا نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جز شايع في نصيب احدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الاخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتدا بان كان دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلثة نفر والنصف المؤخر من هذا النصف لواحد منهم والنصف الاخر بين الاثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية فاقتسما الاثنان على ان ياخذ احدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر واذا جاز ابتدا جاز انتها بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفا معنى الافراز بخلاف الشايع في النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين اما ههنا فلا ضرر بالمستحق وقوله وصورة المسلة يعني مسلة الكتاب لا المستشهد بها وقد قدمناه دفعا لذلك اللبس وقوله ولو باع صاحب المقدم نصفه يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب احدهما ثم استحق النصف الباقي رجع بنصف ما في يد الاخر اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه القسمة فيقبل الفسخ ويفسخ في الباقي بعد الاستحقاق قوله والمقبوض بالعقد الفاسد جواب عما يقال ينبغي ان ينتقض البيع لانه بنا على القسمة الفاسدة والبنا على الفاسد فاسد ووجهه ان القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد ينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عين حقه لكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه

قال —— ولو وقعت القسمة ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم توف الورثة من مالهم ولم يبرء الغرما ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبده وهو ذو رحم محرم للوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرما بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين او ما قسم لانه لا حاجة الى نقض

القسمة في ايفا حقهم ولو ابراه الغرما بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم جازت القسمة اي تبين جوازها سوا كان الدين محيطا او غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصي له بالثلث او الربع بعد القسمة حيث ان الورثة لا تنقض حتى فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث والموصي له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الي مال اخر الا برضاهما وعلى هذا لو ادعي احد المتقاسمين بعد القسمة دينا علي الميت صح ولو ادعي عينا لم يصح لان الدين يتعلق بالمالية التركة والقسمة يصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام علي القسمة ودعوي العين يتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام علي القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا ودعوي الخصوص ينافيه ولقايل ان يقول ان لم يكن دعوي باطلة لعدم التناقض فليكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

فصل في المهاياة

لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض وهي المهاياة واخر عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها ولما كان الترجمة بالباب اولي لان الكلام في باب دعوي الغلط والاستحقاق والمهاياة ليست منهما لكنها من كتاب القسمة ويجوز ان يقال انه فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهاياة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشي وقد تبدل الهمزة الفا وتحقيقه ان كل منهم يرضي بهياة واحدة ويختارها او ان الشريك الثاني ينتفع بالعين علي الهية التي انتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقها هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس ياباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع بملكه في نوبته لكنا تركنا القياس بقوله تعالي لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياة بعينها ولان الحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع علي الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركا واباي غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوي منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايي جمع علي التعاقب ولهذا اي ولكون القسمة اقوي اذا طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة ولا تبطل المهاياة فلا فايدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايا في دار واحدة علي ان يسكن هذا طايفة وهذا طايفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر في المتن والتهايي في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار وذاك يسكن هذا في جانب اخر منها في زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت واحد بعد ان كانت شايعة في البيتين وكذلك في حق الاخر ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولو كان مبادلة كانت تمليك المنافع بالعوض فتلحق بالاجارة ويشترط التاقيت قيل قوله ولكل واحد ان يستغل ما اصابه يجوز ان يكون توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت المنافع حادثة علي ملكه ومن حدث المنافع علي ملكه جاز ان يستغل وان لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الايمة السرخسي وفيه نظر لانه لو كان مبادلة كان ذلك ايضا والاولي ان يكون ابتدا كلام لنفي قول من يقول انها اذا تهايا ولم يشترط الاجارة في اول العقد لم يملك احدهما ان يستغل ما اصابه ولو تهايا في عبد واحد علي ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين هاهنا وان لم يذكر ان هذا افراز او مبادلة لانه عطفه علي صورة الافراز فكان معلوما فاذا كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي يعتبر افرازا من وجه مبادلة وجه حتي لا ينفرد احدهما بهذه المهاياة واذا طلب احدهما ولم يطلب الاخر قسمة الاصل اجبر عليها وقيل يعتبر افرازا من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانها تكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يكون بحرم ربا النسا والا فهو لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربا النسا ثابتا عند احد وصفي العلة بالنص علي خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدي الي غيره وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتي لا يجوز بدون رضاهما لان المهاياة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايي من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلا بان يطلب احدهما ان يكون في مقدمها وصاحبه في موخرها والاخر يطلب ان يكون جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا امرهما القاضي ان يتفقا لان لكل منهما فيه فلا ترجيح لاحدهما اذ التهايي في المكان اعدل لاستوايهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما علي الاخر وفي الزمان اكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختارا من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة قوله ولو تهايا في العبدين واضح وقوله وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم اي قال بعض المشايخ عنه وقوله وهكذا روي عنه اي روي الخصاف عنه مثل ما قال بعض المشايخ وقوله والاصح انه يقسم عنده ايضا قال الكرخي معني قول ابي حنيفة ان القاضي لا يقسم ان القاضي لا يقسمها فان فعلا جاز وعلي هذا لا يجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت اوجه ليتفق قوله في الاصول بلا تاويل وقوله ولو تهايا فيهما واضح وقوله ووجه الفرق يعني بين جواز التهايي في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدار الواحدة والدابة الواحدة وقوله فيفوت المعادلة لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوي الجسمانية

متناهية

متناهية ولو زادت الغلة في نوبة احدهما يعني في الدار الواحدة وقوله دفوكة في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة في الكتب انه لا يجوز لان قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لا يجوز للتفاوت وقوله لما بينا اشارة الي قوله والاعتدال ثابت في الحال الخ وقوله اعتبارا بالتهايي في المنافع يعني في الاستخدام اي الخالي عن الاستغلال وقوله لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه اي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لانه قد يكون في احدهما كياسة وحذق وباقه يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الاخر ثم التهايي في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال العبدين اولي ان لا يجوز وعورض بان معني الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الي الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهاياة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معني الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وقوله والتهايي في الخدمة جوز ضرورة جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايي في المنافع وبيان الضرورة ما سنذكره بعد هذا ان المنافع لا تبقي فتتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها اعيانا فيستغلانه علي طريق الشركة ثم يقتسمان ما حصل من الغلة ولقايل ان يقول علل التهايي في المنافع بقوله من قبل لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله هاهنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين علي حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا ان كل واحد منهما علة مستقلة وقوله لان الظاهر وجه اخر لابطال القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الخ وقوله ولو كان نخل او شجر الخ واضح

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فاغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة وانما قيد بالثلث والربع لتعيين محل النزاع لانه لو تعين احدها او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع وقالا هي جايزة لما روي ان النبي صلي الله عليه وسلم عامل اهل خيبر علي نصف ما يخرج من تمر او زرع ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله لانه لا اثر لها للعامل في تحصيلها يعني لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الي غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة ولابي حنيفة رحمه الله ما روي انه صلي الله عليه وسلم نهي عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث او الربع ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فانه لا يصح بدونه وذلك من خصايص الاجارة فيكون في معني قفيز الطحان ولان الاجر مجهول علي تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة اقفزة او اقل منه او اكثر او معدوم علي تقدير عدم الخارج فكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث او الربع ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فانه لا يصح بدونه وذلك من خصايص الاجارة فيكون في معني قفيز الطحان ولان الاجر مجهول علي تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة اقفزة او اقل منه او اكثر كان خراج مقاسمة وهي ان يقسم الامام ما يخرج من الارض وكان بطريق المن والصلح لانه لو اخذ الكل جاز لانه عليه السلام ملكه غنيمة فكان ما ترك في ايديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد اجمعوا علي ان عقد المزارعة لا يصح الا ببيان مدة معلومة وهو ايضا طريق المقاسمة بطريق المن والصلح جايز فلم يكن الحديث حجة للمجوزين ولم يذكر الجواب عن القياس علي المضاربة لظهور فساده فان من شرطه ان لا يتعدي الحكم الشرعي الي فرع هو نظيره وهاهنا ليس كذلك لان معني الاجارة فيها اغلب حتي اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة قوله واذا افسدت عنده واضح وقوله والخارج في الوجهين يعني فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض وقوله لانه نما ملكه المتقوص بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نما ملك صاحب البذر واجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافته الحادث الي عمله اولي والمزارع عامل بامر غيره فجعل العامل مضافا الي الامر وقوله كما فصلنا اشارة الي قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الخ وقوله الا ان الفتوي علي قولهما واضح وقوله بيان المدة يريد به مدة يمكن فيها خروج الزرع فيها حتي لو بين مدة لا يتمكن فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما الي مثلها غالبا لانه يصير في معني اشتراط بقا العقد الا ما بعد الموت وقوله لانه اي لان عقد المزارعة عقد علي منافع الارض يعني اذا كان البذر من قبل العامل او منافع العامل اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي المعيار لها اي المنافع بمنزلة الكيل والوزن وقوله وهو اي المعقود عليه منافع الارض ان كان البذر من قبل رب الارض ففي الاول العامل مستاجر للارض وفي الثاني رب الارض مستاجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالاعلام وقوله لما ينقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد لانه اذا اشترط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقي اجارة محضة والقياس يابي جواز الاجارة المحضة باجر معدوم وقوله بيان جنس البذر وجه القياس ليصير الاجر معلوما اذ تعرف من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم ان الخارج منه اي نوع ولم يعلم عسي ان لا يرضي لانه ربما يعطي بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط لتفويض الراي اليه لانه الزارع او لم تفوض بعد ان نص علي المزارعة فانه مفوض اليه قال ـــــ وهي عندهما علي اربعة اوجه قيام المزارعة باربعة

الارض والبذر والعمل والارض البقر لا محالة ثم اما ان يكون الجميع لاحدهما او لا سبيل الى الاول لان المزارعة شركة
في الانتهاء واذا لم يكن من احد الجانبين شي لم يتصور الشركة فتعين الثاني وهو اما ان يكون بينهما بالتنصيف او بالتفاوت والاكثر
والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر ان يكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر وهو الوجه الاول في
الكتاب و ان يكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لواحد وهو الوجه الرابع فيه والثاني ايضا على وجهين احدهما
ان يكون الارض لواحد والباقي لاخر وهو الوجه الثاني والاخر ان يكون العمل لاحدهما والباقي لاخر وهو الوجه الثالث
وهي جائزة الا الرابع ووجه كل واحد مذكور في الكتاب وساوضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انه جائز ايضا واعلم ان مبنى جواز هذه المسايل وفسادها على ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة والانعقاد اجارة
انما هو على منفعة الارض او منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استيجار ببعض الخارج والقياس
يقتضي ان لا يجوز في الارض والعامل ايضا لكنا جوزناه بالنص بخلاف القياس وانما ورد النص فيهما دون البذر
والبقر اما في الارض فاثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فانهم يتعاملون اشتراط البذر على المزارع
والخارج كان استيجار الارض ببعض الخارج واما في العامل فمعاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والتعامل
فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على رب الارض فكان استيجارا للعامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي
غيرهما على اصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض او العامل بذلك لكونه مورد الاثر وكل ما
كان من صور العدم فهو من قبيل استيجار الاخرين او كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين وكان المنظور اليه ذلك
والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو ان ما صدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس وما صدر عن غيرها فهو جنس
اخر واذا عرف هذا فعلينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فلانه لما كان المشروط على احدهما
شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستيجار بجعل كان العامل استاجر
الارض او رب الارض استاجر العامل والوجه الثاني والثالث ما فيه استيجار الارض والعامل واما الوجه الرابع على
ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للاخر بخلاف المتجانسين فان
الاشرف او الاصل يجوز ان يستتبع الاخس والفرع ووجه غير الظاهر ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه اي
على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب ان البذر اذا اجتمع مع
الارض استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استيجارا للعامل واما اذا اجتمع الارض والبقر فلم يستتبعه
وكذا في الجانب الاخر فكان في كل من الجانبين معاوضة بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا ولقائل
ان يقول استيجار الارض والعامل منصوص عليه دون الاخرين فكان الراجح ويلزم الجواز ويمكن ان يجاب عنه بان النص
في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العمل به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك لان خلق الله تعالى لا مدخل له
في الدليل وانما ذكره لانه لما اضاف منفعة الارض الى قوة في طبعها توهم ان ينسب الى القول بالطبيعة فدفع ذلك
وههنا وجهان اخران لم يذكرهما القدوري وهما فاسدان وقد ذكر المصنف وجه ذلك وبقي عليه اشكال وهو ان صاحب الارض
لم يسلم الارض الى صاحب البذر ويستوجب عليه اجر مثل ارضه واجيب بان منفعة العامل ومنفعة الارض صارتا مسلمتين
الى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم يخرج الارض شيئا لان عمل العامل بامره في القاء البذر كعمله بنفسه
فيستوجب عليه اجر المثل في الوجهين ووجه اخر لم يذكراه جميعا وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من اخر والبقر
من اخر والارض من اخر قال محمد في كتاب الاثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب البقر اجرا مسمى وجعل
لصاحب العمل درهما لكل يوم والحق الزرع كله بصاحب البذر لانه نماء بذره ومعنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا
من الخارج لانه يستوجب اجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان اجر مثل عمله ولم يذكر اجر البقر لانه
لكونه معلوما من اجر العامل قال ـــــ ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة معلومية مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا
يعني قوله في جواز شروطها والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الخ والاصل في هذا ان كل ما كان وجوده شرطا
لجواز عقد فعدمه مانع عنه لان الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وشيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز
فاذا انتفى فسدت قوله وصار كاشتراط رفع الخراج والارض خراجية والخراج خراج وظيفة بان يكون دراهم مسماة
بحسب الخارج او قفزانا معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا كالثلث والربع فانه لا يفسد
المزارعة بهذا الشرط والماذيانات جمع الماذيانات وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وهو لفظ معرب وقوله
اعتبار للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان فان العرف عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه
واجب وقوله والتبع يقوم بشرط الاصل يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما نصفا كان التبع وهو
التبن مشتركا بينهما ايضا تبعا للاصل وان لم يذكرا فيه الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الاصل وقوله لانه حكم
العقد

العقد يعني لو انهما سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب العقد فاذا نصا عليه فقد صرحا بما هو
موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء واما اذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه
لا يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن وكل شرط شانه ذلك مفسد للعقد فكانت
المزارعة فاسدة قال ـــــ واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط المزارعة اما ان تكون صحيحة او فاسدة فان كانت صحيحة
فاما ان اخرجت الارض شيئا او لم تخرج فان اخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى
وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم يخرج فلا شي للعامل لانه يستحقه شركة يعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت
المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة اجاب بقوله وان كانت الاجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل بمن استاجر
رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستاجر اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى
وهلك الاجر قبل التسليم واجيب بان الاجر ههنا هلك قبل التسليم لان المزارع قبض الزرع الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل
قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شي اخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين ان تخرج
الارض وان لا تخرج في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا تفوت بعدم الخارج فان اخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر
لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على قدر المشروط
له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى
منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المصنف وقد مر في الاجارات قال صاحب النهاية وفي هذا الذي ذكره
من الحوالة نوع تغيير لانه ذكر في باب الاجارة الفاسدة في كتاب الاجارات في مسئلة ما اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه
فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل وهذا بخلاف ما اذا
اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط فبمجموع هذا الذي ذكره
في الاجارة يعلم ان عند محمد لا يبلغ اجر المثل بالغا ما بلغ في الاجارات الفاسدة كما هو قولهما الا في الشركة والاحتطاب ثم ذكر ههنا
وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ الى ان قال وقد مر في الاجارات وذلك يدل على ان مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة
يبلغ الاجر بالغا ما بلغ وليس كذلك واجيب بان هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج
وهذه حوالة بلا تغيير وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد
فيجب ردها وقد تعذر فيصار الى اجر المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج اولا فهو على
الخلاف المذكور المار ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان
للبقر مدخلا في الاجارة بجواز ايراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة معنى فتنعقد المزارعة عليه فاسدا فوجب اجر المثل
وقوله هو الصحيح احتراز عن تاويل بعض اصحابنا لقول محمد في الاصل لصاحب الارض والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب
البذر ان المراد به ان يجب اجر المثل مكروبة اما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا تنعقد العقد عليه صحيحا
ولا فاسدا او وجوب اجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه قوله واذا استحق رب الارض الخ واضح
خلا انه يحتاج الى فارق بين خبث تمكن في منفعة الارض فاوجب التصدق بالفضل وبين خبث تمكن في عمل العامل ولم يوجب
ذلك وفي كلام المصنف رحمه الله اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعني فهو محتاج
اليها على ما جرت به العادة احتياجا بالغا فكان الخبث فاحشا فاوجب وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر
وفتح الجداول ليس بتلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت البذر في ارضه وامطرت السماء فكان ما
يكون به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك قال ـــــ واذا عقدت المزارعة في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما
او غيره وهو لازم في حال دون حال اما بعد القاء البذر في الارض فانه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الا بعذر واما قبله فلازم
من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي على العقد الا بضرر
يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استاجر رجلا ليهدم داره وان امتنع غيره اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء
بالعقد ضرر سوى ما التزمه بالعقد لانه التزام اقامة العمل وهو قادر عليها والعقد لازم من جهته بمنزلة الاجارة الا اذا
كان عذر ينفسخ به الاجارة كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عنده الا ببيع الارض فيفسخ به المزارعة
ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شي له في عمل الكراب لان الكراب مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا
بالعقد والعقد قوم بجزء من الخارج وقد فات قيل هذا الجواب في الحكم فاما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لانه غره في
الاستعمال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة قياسا على الاجارة لكونها عقدا يشبه الاجارة وقد مر الوجه في الاجارات وهو قوله
لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة او الاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وفي الا
ستحسان يبقى العقد الى ان يستحصد الزرع نظرا للمزارع فانه في الزرع غير متعد فلو لم يبق العقد وانتقل الارض الى ورثة
ربها يقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدي واليه اشار المصنف بقوله فلو كان دفعها

ثلث سنين الخ واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين
نبت الزرع او لم ينبت ولكنه ذكر جواب الثابت اي قوله لم وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت
بعد سوته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الارض
وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما سنذكر بعيد هذا واذا
فسخت المزارعة بدين فادح اي ثقيل من فدحه الامر اي اثقله لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز الفسخ كما في الاجارة وقوله
فسخ والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختار رواية الزيادات فانه لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضا لانه في معنى الاجارة وعلى
رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار
بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل
قال في النهاية وهذا التعليل انما يصح ان لو كان البذر من قبل العامل اما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل
اجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض
واما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستاجر العامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم
منافعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض باجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالا الى مزارعة شيخ الاسلام وفيه نظر
لان منافع الاجير وعمله انما تتقوم على رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج واذا انعدم الخارج لم يجب شيء كما في الفسخ
بعد عقد المزارعة وعلى العامل مقصور في صور ثلث ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد مر حكمه
وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع
ابطال حق المزارع وفي التاخير اذا كان اضرار بالغريم لكن التاخير اهون بالضرر من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس
ان كان حبسه في الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو ظالما في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة
ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف
المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال
بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملكه الاب والوصي في زراعة ارض الصبي ولا يملكان استهلاك
ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض ولم يكن فيها مال
الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان داخلا للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية والله اعلم قال ـــ واذا انقضت
مدة المزارعة اذا انقضت مدة الزراعة والزرع لم يدرك بسبق الزرع وكان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى
ان يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة لم يبق
للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا يسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهي
مؤنة الحفظ والسقي وكري الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله لان
في تبقية الزرع جوابه وجوب الاجر وجه ذلك ان لو امرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به ولو بقيناه بلا اجر
تضرر رب الارض فبقيناه بالاجر تعديلا للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب
الارض فانه يبقى الزرع بلا اجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه واضح فاذا انقضت المدة واحتاج
الزرع الى النفقة فانفق احدهما بغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه انفق على ملك الغير بغير امره فان قيل هو مضطر لاحياء حقه فلا يوصف بالتبرع
لان تمكنه من الاستئذان من القاضي يمنع الاضطرار ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع
ولو اراد المزارع ذلك مكن منه وتخير رب الارض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب بادلتها فان قيل ترك الحق انما يجوز اذا
لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر في ذلك فلم لا يجوز ان يكون يمنع عن القلع كرب الارض
اجيب بان رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه
من اجر المثل غرما يخاف ان نصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله ولو مات المزارع ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ابقاء العقد
بعد وجود المنهي الخ وقوله والا كان على الخيارات الثلاثة يعني المذكورة الا انه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها لان العمل
على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ قال ـــ وكذلك اجرة
الحصاد والرفاع قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع بالفتح والكسر هو ان يرفع الزرع الى البيدر
والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما كان يوهم
اختصاصها بذلك فقال المصنف رحمه الله وكذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصور وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات
وكلامه واضح والاصل ان اشتراط ما ليس من اعمال المزارعة على احد المتعاقدين يفسدها لانه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما
ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بينهما هو ان كل ما هو من اعمالها وعلى ان كل ما يبقى ويتربى ويزيد بالخارج
فهو من اعمالها وما لا فلا وعلى هذا الحصاد والدياس والتذرية ورفعه الى البيدر اذا شرط شيء منها على احدهما فسدت لما ذكرناه

وروي

وروي اصحاب الامالي عن ابي يوسف رحمه الله انه اذا شرط على العامل جاز للتعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الائمة هذا
هو الاصح في ديارنا والمصنف رحمه الله جعل الاعمال ثلثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من اعمالها وما كان بعد الادراك
قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن واشباههما وهما ليسا من اعمالها فيكون عليهما
لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة ليتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الاخر فكان
التدبير في ملكه اليه خاصة والمعاملة قياس هذا اي المساقاة انقسامها على هذه الوجوه وقوله لانه مال مشترك كما هو مشترك لا بعد
القسمة بعد ما كان قبلها باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما الا ترى ان نصيب كل واحد اذا كان معينا في قرية يتبادل كما
في القرية والله اعلم **كتاب المساقاة** كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها
ولورود الاحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم باهل خيبر الا ان اعتبارين موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة
احدهما مسيس الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة والمساقاة
هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون
له سهم معلوم من ثمارها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند ابي
حنيفة كالمزارعة وبه اخذ زفر رحمه الله وجائزة عند ابي يوسف ومحمد وهو قول ابن ابي ليلى رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله
المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز الا تبعا للمعاملة وذلك بان يكون النخل والكرم في ارض بيضاء تسقى بالنخيل فيامر بان تزرع الارض
ايضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح ويجوز به ان مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان
الحقناها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة وقوله وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر معناه لو دفع
رطبة قد انتهى جذاذها على ان يقوم عليها حتى يخرج بذرها على ان ما رزق الله فهو بينهما جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده
لانه يصير في معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر
يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله غرسا قد علق اي نبت ولم يبلغ حد الاثمار ظاهر وقوله
بخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها مطلقا حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها قوله واطلق في الرطبة يعني لم
يقل حتى يذهب اصولها فسدت المعاملة معناه اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فان كانت فهي جائزة كما لو اطلق في النخل فانه ينصرف
الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازا مخلا وقوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة
ولم يذكر دليل النخل والرطبة اذا اشترط القيام عليها حتى يذهب اصولهما لانه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم وقوله لا يخرج الثمر فيها
اي في الوقت المسمى وبيان المدة قال ـــ ويجوز المساقاة في النخل والشجر هذا بيان ما يجري فيه المساقاة وما لا يجري فيه وخص
الشافعي رحمه الله جوازها بالكرم والنخل لان الاثر حديث خيبر وكان فيه النخل والكرم ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي
عموم الحكم ولا نسلم ان اثر خيبر خص لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل في النصوص
التعليل لا سيما على اصله فان الباب على اصله اوسع لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة ويجعل وصفا قام دليل التمييز على كونه
بين الاوصاف واما نحن فانا لا نجوزه بالعلة القاصرة ونشترط قيام الدليل على ان هذا النص بعينه معلول وموضعه اصول الفقه
وقوله وليس لصاحب الكرم واضح وقوله لما قدمناه وفي بعض النسخ على ما قدمناه اشارة الى ما ذكر في المزارعة بقوله واذا عقدت المزارعة
فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الى اخره والحاصل ان المساقاة لم تشتمل على ضرر فكانت لازمة من جهة ثم عذر صاحب الكرم
لحوق دين فادح لا يمكنه الايفاء الا ببيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله لم يرد به الشرع لانها جوزت بالاثر فيما يكون اجر العامل بعض
الخارج قوله واذا فسدت المساقاة واضح وقوله والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه جواب الاستحسان ابقاء للعقد دفعا للضرر عنه
واما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين على ما شرطا لان صاحب
الارض استاجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنتقض بموت احد المتعاقدين والباقي واضح على ما ذكر نظيره في المزارعة
وقوله وهذه خلافة في حق ابقاء جواب عما يقال الخيار للوارث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله
والخارج بسر اخضر هذا والاول يعني صورة الموت سواء العامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استئجاره
وانا اي خيرنا بين الخيارات الثلاثة بخلاف المزارعة في هذا اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استئجارها وكذلك
العمل كله على العامل هنا لما ذكر في الكتاب وهو واضح قال ـــ وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات المساقاة تفسخ بالاعذار كما بينا
في الاجارات يريد به قولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض الخ وقد
بينا وجه العذر فيها اي في الاجارة وكلامه واضح وقوله فيه روايتان يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا
ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذر وتاويله ان يشترط العمل بيده
فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا اما اذا دفع اليه النخل على ان يعمل فيها بنفسه وباجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا
في فسخ المعاملة ومن دفع ارضا بيضاء ليس فيها نخل الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز
ذلك لاشتراطه فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض وكان جميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه في معنى قفيز

الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا او نقول رد الغراس لا تصالها بالارض فانه لو قلع الغراس وسلمها
لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشب ولم يكن مشروطا بالمشروط من تسليم الشجر بقوله علي ان يكون الارض والشجر بين رب الارض
والغارس نصفين فلما لم يكن تسليمها بشجر اوجب قيمتها واجر مثله لانه لا يصلح للغراس لانها اعيان متقومة بنفسها لا يجانسه نفعها وفي علمه الى
مثل لانه يتقوم بالعقد لا قيمة له في نفسه وفي تخريجها طريق اخر ذكره المصنف في كفاية المنتهي وهو شرى رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف
ارضه او شراء جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها او جميعها لكونها معدوما عند العقد
لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال المصنف رحمه الله وهذا الحيل المذكور في الهداية اصحها لانه نظير من استاجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ
نفسه علي ان يكون نصف الصبغ للصباغ في ان الغراس التحق بالارض بيتا كالصبغ للثوب فاذا فسدت الاجارة بقيت الالة
متصلة بملك صاحبه للارض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب علي صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه واجر عمله

كتاب الذبايح

المناسبة بين المزارعة والذبايح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المال فان
المزارعة انما تكون باتلاف الحب في الارض للانتفاع بما يثبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه
بعد ذلك واعلم ان العراقيين ذهبوا الي ان الذبح محظور عقلا ولكن الشرع احله لان فيه اضرار بالحيوان وقال شمس الائمة
هذا عندي باطل لان رسول الله صلعم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان ياكل ذبايح المشركين لانهم كانوا يذبحون بالاسم الاصنام
فعرفت انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه واجيب بانه يجوز ان يكون ما كان يأكل
ذبايح اهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته لا بعذر الضرر
وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الي نفعه كالحجامة للاطفال وتداولهم
عافيه الالم والذكاة الذبح واصل تركيب التذكية يدل علي التمام ومنه ذكا السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر
لتمام اشتعالها ومعني قوله الذكاة شرط حل الذبيحة الذبيحة شرط اكل ما يوكل لحمه من الحيوان لقوله تعالي الا ما ذكيتم بعد
قوله حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثني من الحرمة المذكي فيكون حلالا والمترتب علي المشتق معلول الصفة المشتق منها لكن
لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلناه شرطا ولان غير المذكي ميتة وهي منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير
متميز من اللحم وانما يتميز بالذكاة فلابد منها ليتميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح يثبت بالنص
وكما يثبت بالذبح الحل بالماكول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنها قوله صلي الله عليه وسلم
ذكاة الارض يبسها يعني اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما ان الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب وهي نوعان الذكاة
اختيارية ... فيما بين اللبة وهي الصدر واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن قوله والثاني كالبدل
عن الاول والضرورة وانما قال كالبدل لان الابدال يعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت امارة البدلية فقال كالبدل ومن شرطه اي
شرط الذبح ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوي كالكتابي فانه يدعي ملة التوحيد وان
تحل ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالي وما اهل لغير الله ومن شرطه ان يكون حلالا خارج الحرم
كما سيجيء قال ‿ وذبيحة المسلم والكتابي حلال ذبيحة المسلم والكتابي ذميا كان او حربيا حلال اذا اتي به مذبوحا واما
اذا ذبح بالحضور فلابد من الشرط المذكور وهو ان لا يذكر غير اسم الله وقوله لما تلونا اشارة الي قوله تعالي الا ما ذكيتم ولما
استعمل تعالي الا ما ذكيتم عام مخصوص بخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالي وطعام الذين
اوتوا الكتاب حل لكم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبايحهم واستدل بعض علي ذلك بانه لو لم يحمل علي ذلك لم يكن
لتخصيص اهل الكتاب بالذكر فايدة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل علي النفي
عما سواه ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية قيل معني يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل ان حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة يعني
يقدر علي الذبح ويضبط اي يعلم شرايط الذبح من فري الاوداج والحلقوم وان كان اي الذابح صبيا او مجنونا قال في النهاية
اي معتوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية شرط بالنص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا يعني قوله اذا كان يعقل التسمية
والذبيحة ويضبطه والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا قيل اراد به الايتان المذكورتين وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا وقيل
اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب والاولي ان يجعل اشارة الي الاية والي قوله ولانه يتميز الدم
النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثل ذلك قيل انما ذكر الاقلف احترازا عن قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه يقول شهادة الاقلف
وذبيحته لا تجوز وقوله والاطلاق الكتابي ينتظم كذا ظاهر وقوله لان الشرط قيام الملة فيه نظر لان وجود الشرط لا يستلزم وجود
المشروط ويمكن ان يجاب عنه بانه شرط في معني العلة وقوله ولا يوكل ذبيحة المجوسي واضح وقوله بخلاف الكتابي اذا تحول الي غير دينه
يريد به مرتد اهل الكتاب اما اذا تمجس فلا يوكل ذبيحته قال ‿ وان ترك الذابح التسمية ان ترك الذابح التسمية
عند الذبح اختيارا كان او اضطرارا عامدا او ناسيا قال الشافعي بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا
الي انه لو كان عامدا فالذبيحة ميتة لا توكل وان تركها ناسيا اكل استدل الشافعي بقوله صلي الله عليه وسلم المسلم يذبح علي اسم الله
سمي او لم يسم ... سوي بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وبان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان

كالطهارة في باب الصلاة فانها لما كانت شرطا لم تجز صلاة من نسي الصلاة الطهارة لكنها سقطت بعذر النسيان سلمنا انها شرط لكن
الملة اقيمت مقامها كما في الناسي والجواب عما من الحديث ما ذكره في الكتاب انه محمول علي حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث
عدي بن حاتم علي ما ذكر وعن الاستدلال بانا لا نسلم الملازمة فانها تقتضي الي العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان ممنوعة
فيما اذا كان علي الناسي هيئة مذكرة كالاكل في الصلاة والجماع في الاحرام وهاهنا لم يكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للمذبوح
عند زهوق روحه حيوانا متي تغير الحال فليس هيئة مذكرة بموجودة ونمنع انه ينبغي سقوطا لا الثاني ايضا علي مذهب مالك رحمه الله وهو
المعول بما ذكره في الكتاب يعني ان اقامة البينة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذر له واما ما
شنع به المصنف رحمه الله يكون ما ذهب اليه الشافعي رحمه الله مخالفا للاجماع فواضح واستدل مالك رحمه الله بقوله تعالي ولا
تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي ما بلغ وجه وهو توكيده بمن الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو باطلاقه
يقتضي الحرمة من غير فصل وهو اقرب لا محالة من مذهب الشافعي لانه مذهب ابن عمر رضي الله عنه والجواب انه غير مجري علي
ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول لان ظاهر ما يدل عليه الالفاظ لا يخفي علي اهل
اللسان وفي ذلك ايضا من الحرج ما لا يخفي اذ الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالي وما جعل عليكم في الدين من حرج
فيحمل علي حالة العمد دفعا للتعارض ولنا قوله تعالي ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال ان السلف اجمعوا
علي ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصله لا تدل علي ان المراد به الذكر باللسان تعالي ذكر عليه اذ اذكر باللسان وذكر
اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تاكلوا عام موكد بمن الاستغراقية التي تفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو
غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي لعذر كان
من جهته وهو النسيان ذاكرا فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك للصوم
لذلك ومجال الكلام في الاية واسع وقد قررناه في الانوار والتقرير والاجماع وهو ما بيناه يريد به ما ذكر في التشنيع
بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا والحج والسنة وهو حديث
عدي بن حاتم الطائي فانه صلي الله عليه وسلم حين ساله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا اخر قال لا تاكل فانك انما سميت علي
كلبك ولم تسم علي كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلي هذا الخلاف اذا ترك
التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكاة الاختيار يشترط عند الذبح وهي علي المذبوح وفي الصيد
يشترط عند الارسال والرمي وهي علي الالة لان الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال
وقد فرع علي ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة قال ‿ ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالي شيئا غيره المسائل المذكورة
واضحة وقوله ومحمد رسول الله بكسر الدال يشير الي انه لو قال بغير مكسور الجر قيل هذا كان يعرف النحو وقال التمرتاشي انما
خفضه لم يحل لانه صار ذابحا بهما وان رفعه حل لانه كلام مبتدا وان نصبوا اختلفوا فيه وقال بعضهم علي قياس ما روي عن محمد
انه لا يري الخطاء في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم وقوله حتي لو قال عند الذبح اشارة الي انه لو قدمه او اخره
لا باس به ولو قال سبحان الله او الحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف والفرق لابي يوسف بين هذا وبين التكبير ان المامور به هنا
الذكر قال الله تعالي فاذكروا اسم الله عليها صواف اي قايمات صففن ايديهن وارجلهن وهناك التكبير وبهذه الالفاظ
لا يكون مكبرا ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يصح في اصح الروايتين والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب
اذا اعطس يوم الجمعة علي المنبر وقال الحمد لله انه يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر في احدي الروايتين عنه هناك ذكر الله
مطلقا قال الله تعالي فاسعوا الي ذكر الله وهاهنا الذكر علي الذبح والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا
باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله واتي بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس في رواية القدوري وذلك لان
في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل علي ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه
قوله صلي الله عليه وسلم الذبح ما بين اللبة واللحيين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان قبل
العقدة فهو بين اللبة واللحيين وهو دليل ظاهر للامام الرستغفني في حل ما بقي عقدة الحلقوم مما يلي الصدر ورواية المبسوط
تساعده ولكن صرح في ذبايح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلي من الحلقوم لا يحل وكذا في فتاوي اهل سمرقند لانه ذبح في غير
المذبوح وهو ظاهر يخالف لظاهر الحديث كما يري ولان بين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجاري فيحصل بالفعل فيه انهار
الدم علي ابلغ الوجوه وكان حكم الكل سوا ولا معتبر بالعقدة قال ‿ والعروق التي تقطع في الذكاة العروق التي تقطع في
الذكاة اربعة الحلقوم والمري والودجان واختلف العلماء في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي الي الاكتفاء بالحلقوم والمري
وذهب مالك الي اشتراط قطع جميعها وذهب ابو يوسف الي اشتراط قطع الحلقوم والمري واحد الودجين رجع اليه بعد ما كان قوله
كقول ابي حنيفة كما يذكره وذكر القدوري انه قول محمد الشافي وقال المصنف المشهور في كتب المشايخ ان هذا القول ابي يوسف وحده
وذكر عن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد منها وهو رواية عن ابي حنيفة واما ابو حنيفة رحمه الله فقد اكتفي بقطع الثلث الاكان ما بقي
ايها كان وان قطع الجميع اولي وهو وجه الرابع والاصل في ذلك قوله صلي الله عليه وسلم افر الاوداج بما شيت والفري القطع

للاصلاح والاول الفطع للاوف ويكون كسر الهمزة انسب ولهذا قال بعد هذا الورود الاثر به احتج الشافعي رحمه الله بانه جمع
الاوداج وما ثمه الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمري اصلا واما المعنى
فلان المقصود ازالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وما يقتضيه فان الاوداج
جمع واقله ثلثة فيتناول المري والودجين وقطع هذه الثلثة بدون قطع الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وجوابه
سيجي واحتج ابو يوسف رحمه الله بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما مناب الاخر اذ كل منهما مجرى الدم
اما الحلقوم فيخالف المري فان المري مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس ووقع في بعض النسخ بالعكس وليس بجيد
فلا بد من قطعهما وهو غريب وجوابه سيجي واحتج محمد رحمه الله بان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه
والاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح
والتوحية اي التعجيل في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع النفس او الطعام وحصل بهذا جواب ابي يوسف وقوله ويخرج الدم
بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب جواب مالك رحمه الله لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس
معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله لا تحل لك النسا لان ما نحن فيه ليس اوداج حقيقة ولا انصراف الى الجنس فيما يكون لذلك
وقوله بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق قيل يعني اكثر المرحرف فيه وهو الثلثة فان الاثنين لما كانا باقيين كان اكثر الاربعة
باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم الاكثر فكانه لم يقطع شيا وربما يرجح الثاني بقوله احتياطا
لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن والذبح بالظفر والقرن والسن المنزوع جائز مكروه واكل الذبيحة
بها لا باس به وقال الشافعي هي ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا السن والظفر فانهما
مدى الحبشة استثناهما بالاطلاق عما يجوز اكله فتناول الحرمة المنزوع والقايم ولان الذكاة فعل مشروع وانهار الدم بها مطلق
غير مشروع فلا يكون ذكاة لغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وهو باطلاقه
يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره الا انا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي فان فيه دلالة على ذلك وهو قوله عليه السلام
فانهما مدى الحبشة فانهم يقاتلون بالاظفار ويجدون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض وهذا معنى قوله وما رواه محمول
على غير المنزوع وقوله ولانه اله جارحة جواب عن دليله المعقول وتقريره انا لا نسلم ان انهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير
مشروع فانه الة كل واحد منهما اله جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والكلمة الكلية بهايت
كلامه ظاهر سوى الفاظ نفسرها الليطة بكسر اللام قشر القصب والمروة الحجر الحاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه يقتل بالثقل فيكون
في معنى المنخنقة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد اردت ان تميتها ميتات قيل انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح ان التحديد لذبحه
وليس لذلك لان المذبوح لا عقل له وهو مع كونه سواد ليس بساقط لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات
وما نحن فيه ليس منها والنخاع بالكسر والفتح والضم لغة فيه فسره المصنف بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية
الى السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان بدن الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق بهي سرا
واوتار وما ثمه شي يسمى بالخيط اصلا ثم ذكر المصنف الاصل الجامع في افادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه الحاق الالم زيادة لم
يحتج اليه في الذكوة قال وما استانس من الصيد قدم ان الذبح الاضطراري بدل عن الاختياري فلا مصير الى الاول قبل العجز
عن الثاني وهذا المخرج ما ذكر في الكتاب وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وقال مالك لا يحل
الاكل بذكاة الاضطرار في الوجهين يعني ما توحش وما تردى لان ذلك نادر والنادر لا حكم له وقلنا لا نسلم الندرة ولين كان ثبت
فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق قوله في الكتاب يريد القدوري كلامه واضح والنحر قطع العروق عند الصدر والذبح قطعها تحت
اللحيين والمستحب في الابل الاول وفي غيره الثاني وعكس يجوز ويكره لما ذكر في الكتاب وقوله لمعنى في غيره اي في غير الذبح وهو ترك
السنة وقوله اشعر معناه نبت شعره مثل اعشب المكان وكلامه واضح خلا انه لم يجب عن الحديث الذي استدلا به لانه لا يصلح للاستدلال
لانه روي ذكوة امه بالرفع والنصب فان كان منصوبا فلا اشكال انه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك لانه اقوى في التشبيه من الاول
عرف ذلك في علم البيان قيل وهما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما في قوله وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى ان عظم الساق
منك دقيق فصل ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لان المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشي يتقدم عليه في الذكر وكلامه واضح
وان ذكر اوصاف السبع ليبني على ذلك قوله كيلا يعدو شي من هذه الاوصاف الذميمة اليهم والفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف
من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهايم قال في المبسوط فالمراد بذي المخلب ما يخطف بمخلبه من الهوى كالبازي والعقاب
وبذي الناب ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذيب قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب لان لهما نابا يقاتلان به فلا يوكل لحمهما
كالذيب فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه انه سيل عن الضبع اصيد
هو فقال نعم فقيل ايوكل لحمه فقال نعم فقلت اسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم فلا يكون حجة اجيب بان حديثنا
مشهور لا يعارضه حديث جابر ان صح وقد قيل انه كان في الابتدا ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبايث وابن عرس دويبة والرخم
جمع رخمة وهو طاير ابلق يشبه النسر في الخلقة والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وصغاره واما الغراب الابقع والاسود

فهو انواع ثلثة نوع يلتقط الحب ولا ياكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا ياكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي
ياكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط ياكل الحب مرة والجيف اخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند ابي حنيفة مكروه عند
ابي يوسف قوله وكذا العداف وهو غراب القيظ لا يوكل واصل ذلك ان ما يوكل الجيف فلحمه نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة
وما ياكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالدجاج والعقعق فلا باس باكله عند ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح لان النبي صلى
الله عليه وسلم اكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله اما الضبع فلما ذكرنا يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني انه ذو ناب وقوله
وهو حجة على الشافعي رحمه الله يعني نهي النبي صلى الله عليه وسلم وانه لما ثبت الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله
عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم سيل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فاجد نفسي تعافه فلا احله ولا احرمه وحديث
ابن عباس رضي الله عنهما قال اكل الضب على مايدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الاكلين ابو بكر اجيب بان الاصل
ان الحاظر والمبيح اذا تعارضا يرجح الحاظر على ان المبيح مأول بما قبل التحريم والا توكل الحمر الاهلية لما ذكر في الكتاب وبشر
المريسي الى اباحته ونقل ذلك عن مالك مستدلا بما روي عن عايشة رضي الله عنها انها سيلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل
لا اجد فيما اوحي الى محرما الاية وبحديث غالب بن ابجر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالي الا حميرات فقال عليه
السلام كل من سمين مالك واستدلالا لاحل اكل الوحشي وهو ضعيف اما الاية فلجواز ان يكون قبل حرمة لحم الحمر والدليل على ذلك
حرمة الاشيا المحرمة الى رجعة عند لواحد وان الحديث فلانه مأول باكل ثمنها واما الاستدلال فلان من شرطه ان لا يكون الفرع
منصوصا عليه والنص النافي عن لحوم الحمر الاهلية قايم فبطل القياس قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رحمه الله
كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها بانه ترك ذكر الحمل عليه فينبغي ان لا يحل
الحمل عليه وهو فاسد فان الكلام في ان ترك اعلى النعم والذهاب الى ما دونه دليل حرمة الاعلى والحمل ليس ... وقوله والاول
يعني كون الكراهة للتحريم اصح روي ان ابا يوسف سال ابا حنيفة رحمهما الله اذا قلت في شي اكرهه فما رايك فيه قال
التحريم ومبنى اختلاف المشايخ في قول ابي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض العلماء في لحم
الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهو ابلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن
ابي يوسف قوله ولا يوكل من حيوان الما الا السمك واضح والطافي اسم فاعل من طفا الشي فوق الما يطفو اذا علا والمراد
من السمك الطافي هو الذي يموت في الما حتف انفه من غير سبب فيعلو او لحرب نوع من السمك والمارماهي كذلك وقوله والحجة
عليه ما روينا يعني قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان الحديث وقوله ويتفرع عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى منها
انه لو وجد في بطن السمك سمكة اخرى فانها توكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طير الما وغيره وكذلك ان
ماتت في جب ما لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فلا
فيها لذلك وان كانت لا توخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على
التخلص منها او اكل شي ما القاه في الما ليا كل فماتت منه وذلك معلوم فلا باس باكلها وهو في معنى ما لحسر عنها الما وقال
صلى الله عليه وسلم ما لحسر عنه الما فكل وقوله في الموت بالحر والبرد روايتان احديهما انها توكل لانه مات بسبب حادث
فكان كما لو القاه الما على اليبس والاخرى انها لا توكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من اسباب الموت في
الغالب واطلق القدوري الروايتين ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ الاسلام انه على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى
قول محمد رحمه الله يحل — او رد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبح خاص
والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى وهي افعولة وكان اصلها اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت
احديهما بالسكون فقلبت الواو يا وادغمت الياء في اليا وكسرت الحاء لاثبات اليا ويجمع على اضاحي بتشديد اليا قال الاصمعي
وفيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية وهدايا واضحاة وجمعه اضحى كارطاة وارطى
وقال الفراء الاضحى يذكر ويونث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرايطها
ستذكر في اثنا الكلام وسببها الوقت وهو ايام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشي
الى الشي ان يكون سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد اضيف
السبب الى حكمه يقال يوم الاضحى كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد والسبب في سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع
التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب
والفقر عدمه وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر
ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكاة
والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع افة لا يقال ادنى ما يتمكن له المرء من اقامتها ملك قيمة ما
يصلح للاضحية ولم يجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة

الفطر لاتي ان لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالقرب لاعتاق وللضحيه ان يتصدق باللحم فعند حصل النوعان اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق فحصل الاخير واما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الي الثواب بفضل الله تعالي في العقبي قال ـــــــ الاضحية واجبة كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه ابو يوسف رحمه الله وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلاة والصوم فانهما يختلفان فيها لان المسافر تلحقه المشقة في ادائها والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ قوله وهذا الوعيد لا يلحق بغير ترك الواجب اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي واجيب بانه محمول على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام قد تجب المقاتلة به لانه لو ترك الاذان وما قاتلته في عين الحرام وقوله لان الاضافة للاختصاص ظاهر وقوله وهو اي الاختصاص بالوجود لانه اذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص والوجوب هو المفضي الي الوجود ظاهرا بالنظر الي الجنس لجواز ان يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على الواجب واعترض بان السنة ايضا تفضي الي الوجود ظاهرا بالنظر الي الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة واجيب بان الوجوب افضي اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله عن الاداء اختص باسباب اي بشرائط تشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد يعوزه السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر موثر في التخفيف الا ترى الي جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها فاولي ان يسقط عنه وجوب الاضحية وهو اقوي حاجا من زيادة ثمن الماء وقوله والمراد بالارادة جواب عما استدلوا به من قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فكان معنى قوله عليه السلام من اراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من اراد الصلاة فليتوضا وقوله والعتيرة جواب عما استدلا به وقوله على ما قيل يشير الي ان في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف وذكر في المحيط الا يقال انها عبارة عما اذا ولدت الناقة او الشاة ذبح اول ولدها فاكل واطعم وهي منسوخة بالاضحية وعورض بقوله عليه السلام كتب علي الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بان المكتوب الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانها هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراه الناس واجبا على المعسرين وقوله وانما اختص الوجوب بالحرية بيان للشروط المذكورة في اول الباب وقوله لما بينا اشارة الي قوله عن الاداء اختص باسباب يشق على المسافر استحضارها وقوله لما روينا اشارة الي قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله سنتي مقداره اي مقدار الوقت وقوله لا يجب عن ولده يعني سواء كان صغيرا او كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروي الحسن عن ابي حنيفة انها تجب عليه وقوله والاصح انه يضحي من ماله اي من مال الصغير ويأكل اي الصغير التي هي من ماله ما امكنه ويباع بما بقي ما ينتفع بعينه كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله وقيل ذلك يتصدق في جلد الاضحية من غير خلاف احد واما في لحمها فليس له الا ان يطعم او يأكل قال ـــــــ ويذبح عن كل واحد منهم شاة كلامه واضح قوله وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز كما اذا مات وترك امراة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المراة اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن ايضا وقوله يجوز في الكل احتراز عن قول بعض المشايخ انه لا يجوز لان لكل واحد منهما ثلاثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية واذا لم يجز البعض لم يجز الباقي وجه الاصح ما ذكره في الكتاب وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد وقوله الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد بان يكون مع احدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الاخر البعض مع الجلد صرفا للجنس الي خلاف الجنس وقوله اعتبارا بالبيع لان في القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود القدر والجنس وقوله وقد امكن يعني دفع الحرج لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع ولهذا لو اشترى اضحية ثم باعها واشترى غيرها لم يكن به باس وقوله لما بينا اشارة الي قوله لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها الي اخره وقوله لما روينا حجة على مالك والشافعي اشارة الي قوله ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده وقوله ومن ضحى بعدما صلى من اهل المسجد معناه ان يخرج الامام بالناس الي الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رضي الله عنه حين قدم الكوفة وقوله اجزاه استحسانا يشير الي انه لا يجوز قياسا لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله وقيل هو جائز اي العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق ان المسنون في العيد هو الخروج الي الجبانة واهل الجبانة هم الاصل فقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا قال ـــــــ وهي جائزة في ثلاثة ايام كلامه واضح قوله وتجوز الذبح في لياليها اي في ليالي ايام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا يدخل الليلة الاولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا الليلة الرابعة من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق لخروجه وانما جازت في الليل لان

الليالي

الليالي تبع للايام واما الكراهة فلما ذكر في الكتاب وقوله والتضحية فيها اي في ايام النحر افضل من التصدق بثمن الاضحية اما في حق الموسر فلانها تقع واجبة في ظاهر الرواية او سنة في احد قولي ابي يوسف والتصدق بالثمن تطوع محض ولا شك في افضلية الواجب او السنة على التطوع واما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين التقريب باراقة الدم والتصدق والاراقة قربة تفوت بفوات هذه الايام ولا شك ان الجمع بين القربتين افضل وهذا الدليل مثل الغني والفقير وشبهه بالصلاة والطواف ظاهر فان الطواف في حق الافاقي لغوانه افضل من صلاة التطوع التي لا تفوت بخلاف المكي فان الصلاة في حقه افضل ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه بان عين شاة فقال لله علي بان اضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب غنيا او فقيرا او كان المضحي فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان من لم يضح غنيا ولم يوجب على نفسه شاة بعينها تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني عينها او لم يعينها وعلى الفقير بشرائه بنية التضحية عندنا فاذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمة اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث ان قضا ما وجب عليه في الاداء من جنس خلاف جنس الاداء قال ـــــــ ولا يضحي بالعمياء والعوراء هذا بيان ما لا يجوز التضحية به والاصل فيه ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما يخلو عن يسير العيب واليسير ما لا اثر له في لحمها والعوراء اثر في ذلك لانه لا يبصر من العين الواحدة من العلف ما يبصر من العينين وقلة العلف يورث الهزال والحديث المذكور دل على ذلك والعرجاء البين عرجها هي لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تمشي بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التي لا تنقي اي التي ليس لها نقي اي مخ من شدة العجف وبقية كلامه واضح قوله وقيل معناه قول قريب من قولهما اي قولي الاول وهو اكثر من الثلث مانع لا ما دونه او قريب الي قولهما الذي هو ان الاكثر من النصف اذا بقي اجزا بالنسبة الي قول من يقول ان الربع والنصف مانع وفي كون النصف مانع عن ابي يوسف ومحمد روايتان وقد تقدم وجه ذلك في اكتاف العفو في اول الكتاب وقوله لان القرن لا يتعلق به مقصود الا ترى ان التضحية بالابل جائزة ولا قرن له والكبش الاملح ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعرات سود والوجاء نوع من الخصاء وهو ان يرض العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله فتعينت يعني هذه الشاة المشتراة للاضحية وقوله كما في نصاب الزكاة فانه اذا انتقص بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمن رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا سقط المال سقط الوجوب وعلى هذا الاصل يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء والفقير بالعكس وقوله وعلى الفقير غيرها لان الوجوب عليه بالشراء وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الاصل يوافق ما ذكر شيخ الاسلام ان المشتري ان كان موسرا لا تصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر رواية اصحابنا تجب وروى الزعفراني عن اصحابنا انها لا تجب وهو من النوادر وقوله فانكسرت رجلها من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه اذا اصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضطجاع للذبح كان الحكم كذلك وانما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس بخلافه لان تادي الواجب بالتضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عنده فصار كما لو كانت كذلك قبله وقوله لانه حصل بمقدمات الذبح دليل محمد ودليل ابي يوسف ان الفور لما انقطع فحج الفعل الذي تعينت به من ان يكون سببا من اسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل اخر قال ـــــــ والاضحية من الابل والبقر كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة لذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل في التسمية لانه جزء منها ولهذا يتبعها في الرق والحرية وهذا لان المنفصل من الفحل هو الماء وانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل له فاعتبرت بها قوله لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف جوزتم مع اختلاف جهات القرب كالاضحية والقران والمتعة قلنا اعتمد على ذلك زفر ولم يجوز عند اختلافها لكنا نقول اذا كانت الجهات كلها قربا اتحد معناها من حيث كونها قربة فلم يجز الالحاق بخلاف ما اذا كان بعضها غير قربة فانه ليس في معناها فاذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزي وقوله لما بينا انه قربة يشير الي وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزي وبعض الاراقة وقع نفلا اوجبا فصار الكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد يقع تطوعا بخلاف العكس والاراقة قد تصير للحم مع نية القربة اذا لم يصادف محلها او كانت في غير وقت الاضحية والاراقة للحم لا يصير قربة بحال قال ـــــــ ويأكل من لحم الاضحية الاضحية اما ان تكون منذورة اولا فان كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها ان يأكل منها ولا ان يطعم الاغنيا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولو اكل فعليه قيمة ما اكل وقوله لما روينا يعني قوله عليه السلام فكلوا منها وادخروا والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذي يتعرض للسؤال ولا يسال وقوله كالخل بالخاء المعجمة والمهملة والابازير التوابل جمع ابزار بالفتح وقوله في الصحيح احتراز عما قيل انه ليس له في اللحم الا الاكل او الاطعام فلو باع بشيء ينتفع به بعينه جاز روى ابن سماعة عن محمد انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا باس بلبسه وقوله لان القربة انتقلت الي بدله لان تملك البدل من حيث التمول ساقط فلم يبق الا جهة القربة وسبيلها التصدق وقوله لانه في معنى البيع لان كل واحد عقد معاوضة قوله من دهها كل ذنب تمام الحديث اما انه يجاء بدمها ولحمها فتوضع في ميزانك وسبعون ضعفا فقال ابو سعيد الخدري رضي الله عنه هذا لال محمد رحمه الله خاصة ام لال محمد والمسلمين عامة فقال عليه السلام

هكذا

س

ق

لاهل بيته خاصة وللمسلمين عامة وقوله حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر اي فيما اذا كان المضحي فقيرا او يكره ان يبدل
بها غيرها اي فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدته بخط شيخي رحمه الله وقوله فصار كما لو باع اضحيته يعني انه لو باع
اضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى يتصدق بالفضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق
بثمنها كلها وقوله ومن اتلف لحم اضحية غيره متعلق بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم
اضحية صاحبه ومن اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه وقوله لانه
ملكها بسابق الغصب يعني فكانت التضحية واردة على ملكه وهذا يكفي للتضحية لا يقال الاستناد يظهر في القائم والتضحية
بالاراقة قد فاتت لانها عبارة عن فعل المضحي لانا نقول الاراقة ليست من الملك لانها ليست صفة للشاة ليصح ان يقال يظهر
الاستناد فيها او لا يظهر فان الملك ثبت في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغصب فيكون الاراقة والتضحية واقعة
على ملكه

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لم يخل من اصل او فرع
يرد فيه الكراهة الا ترى ان في وقت الاضحية من ليالي ايام النحر وفي التصرف في الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن وفي اقامة غيره
مقامه كيف تحققت الكراهة وفي الكتاب الكراهة ايضا كذلك وقوله واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه يرد عليه لبن الخيل على قول
ابي حنيفة رحمه الله في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالا لا بأس به واكل لحمه حرام مع ان لحم الخيل متولد من لحمه فلا
بد من زيادة قيد وهو ان يقال بعد قيده فاخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لان المقصود من تحريم لحمه عدم
تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل
معناه يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته ونار منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات وقوله لانه في معناه اي لان
الادهان من انية الذهب في معنى الشرب منها لان كلا منهما استعمال فيها والمحرم هو الاستعمال فشمل صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ
انية الذهب والفضة ويصب الدهن على الراس اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكره قال
صاحب النهاية كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير وارى انه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فان الكحل لا بد وان
ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره في الحرمات المضبب المشدود بالضباب جمع ضبة وهي حديدة عريضة
والمتخذ المسن والثغر ما يحمل تحت ذنب الدابة ولابي حنيفة رحمه الله انه تابع ولا باس بالتوابع حكي ان هذه المسئلة وقعت
في دار ابي جعفر الدوانيقي بحضرة ابي حنيفة وائمة عصره رحمهم الله فقالت الائمة يكره فقيل لابي حنيفة ما تقول فقال ان وضع
فمه على الفضة يكره والا فلا فقيل له ما الحجة فيه فقال ارايت لو كان في الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه ايكره فوقف كلهم وتعجب
ابو جعفر قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا كلامه واضح وقوله لانه لما قبل قوله في الحل يقبل في قوله وسعه اكله
فانه يتضمن الحل لا محالة اولى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل والكل تاتي برواية الجامع الصغير لان الهدية
فيها تنفي الجارية وقوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا يبعث عادة على ايدي هؤلاء وقوله ولا يقبل فيها اي في الديانات
قول المستور وقوله هو على مذهبه انه يجوز القضاء به يعني اذا لم يطعن الخصم وظاهر الرواية انه لانه لا بد من اعتبار احد
شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة وقوله حتى يعتبر فيها اي في الفاسق
والمستور اذا اخبر بنجاسة الماء اكبر الراي وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول العبد والحر والامة لان خبر هؤلاء
في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه يلزم بنفسه اولا ثم يتعدى منه الى غيره فلا يكون من باب
الولاية على الغير وقوله لما ذكرناه اشارة الى الهدية والاذن وقوله فان كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به ولا يتيمم
لان الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح احد الوجهين قيل الاصل الطهارة وقوله لما قلنا اشارة
الى قوله ان التحري يجري ولا يبقى الخطاء وقوله ومنها اي من الديانات الحل والحرمة يقبل فيها خبر الواحد العدل اذا لم
يتضمن زوال الملك كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل الاكل والاطعام لانها حق الله فيثبت
بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك واما اذا تضمن زواله
فلا يقبل كما اذا اخبر رجل او امراة عدل للزوجين بانهما ارتضعا من امراة واحدة بل لا بد فيها من شهادة رجلين او رجل وامراتين
لان الحرمة هاهنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله اي قول
المجوسي في الحل اولى ان يقبل في الحرمة وهو يدل على ان العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضا اجيب بان
ذلك كان ضمنيا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا مناقضة لان المراد هاهنا ما كان قصديا قال ومن دعي الى
وليمة او طعام قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله كصلاة الجنازة قيل عليه انه قياس السنة على الفرض
وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة واجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد
على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة
مع قطع النظر عن تلك البدعة صفة تلك العبادة وقوله فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر ليكون عاملا لقوله عليه السلام
من راى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله ولو كان على المائدة ينبغي ان لا يقعد يشير الى انه لما تقدم انما هو اذا كان
المعني

المعني في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المعية واما اذا كان على المائدة فكان قاعدا مع القوم الظالمين وقوله
ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام لان محمدا رحمه الله اطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمه اللعب والغناء فاللعب
واللهو حرام لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى انما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل
من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلثة
تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته لاهله وقوله اضرب القضيب عني به ضرب الحارس وقوله وكذا قول ابي حنيفة
معطوف على قوله المسئلة

فصل في اللبس

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان
وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لما ذكر الحرمة والحل واستدل على الحرمة
بقوله صلى الله عليه وسلم انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وهو عام في الذكر والانثى لزم ان يقول وانما حل للنساء
بحديث اخر فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما ان يكون قبل الاول فينتسخ به او بعده فينتسخ رخصة لان العام
كالخاص في افادة القطع عندنا او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متاخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل
استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك اية قاطعة على تاخره فينتسخ به المحرم وتكرار
النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جنس فمن اين العموم اجيب بان
المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق بالدلالة وقوله وقالا يكره يعني للرجل والمراة جميعا بخلاف اللبس وقوله لما
العمومات يريد به قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وما روي عن عمر رضي الله عنه انه
استقبل جيشا من الغزاة رجعوا من الغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا قال
لاني ارى عليكم ثياب اهل النار والمرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء وقوله والحجاج مع كونه نموذجا يريد به ان المتقول
انا نعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الاخرة منه ليرغب في تحصيل توصله اليه وقوله لا فصل فيما روينا يريد به قوله
صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي وقوله والخز مسدى بالحرير قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته
صوف حيوان في الماء وحله وجوه هذه المسئلة ثلثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق
واما في الحرب فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز وعندهما يجوز وقد تقدم الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا
ولحمته غيره ولا باس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى اخرهما وجودا واللحمة
كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهي ايقاع الهيبة في عين العدو لبريقه ودفع معرة السلاح
ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة
وروى هشام عن محمد انه كان لا يرى باللباس المرتفع جدا باسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم
وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام الى الصلاة وعليه رداء قيمته اربعة الاف درهم وابو حنيفة كان يرتدي
برداء قيمته اربعمائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده قال ولا يجوز للرجال
التحلي بالذهب لا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي
وبالفضة فانه في معناه فان قيل قوله عليه السلام هذان حرامان على ذكور امتي لانه خبر الواحد فلا يعارض قوله
الله قل من حرم زينة الله الاية ولا يقيده لان التقييد نسخ فالجواب انه مشهور متفق عليه تلقته الامة بالقبول فجاز
التقييد به وقوله فقد جاء في اباحة ذلك اثار هو ما روي انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة منه ونقشه
محمد سطر رسول الله سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه انه كان له خاتم فضة ونقشه محمد رسول الله فقال
له النبي صلى الله عليه وسلم ما نقش خاتمك فقال محمد رسول الله فقال عليه السلام امن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه
النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه فكان على يده عليه السلام الى ان توفي ثم كان في يد ابي بكر الى ان توفي
ثم في يد عمر الى ان توفي ثم كان في يد عثمان رضي الله عنهم اجمعين حتى وقع من يده في البير فانفق مالا عظيما في طلبه فلم
يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك والى بلفظ الى مع الصغر لاداة الحصر فيه ومن الناس من اطلق منهم
شمس الائمة السرخسي فقال انه لا باس به فانه مبارك ختم به النبي صلى الله عليه وسلم ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر
والطلاق جواب الكتاب يعني اي مع الصغر يدل على تحريمه ولانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر الذي هو المنصوص
عليه وقوله لما روينا اشارة الى قوله هذان حرامان ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روي عن البراء بن عازب انه
لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان النهي عن استعمال الفضة والذهب سواء فلما حل التختم
بالفضة لقلته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم في الثوب فكذا الذهب والجواب انه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله
عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ
الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا البسه ابدا فرماه الناس وقوله ويجعل الفص الى
باطن كفه لانه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما يعني اختلف المشايخ

في قول ابي يوسف فمنهم من ذكر قوله مع قول ابي حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخي وذكر في الامالي مع قول محمد والكلاب
بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ما كان عنده وفقه لهم وقوله عامة وهو الصحيح لان عامة المسلمين استعملوا هذا في عامة
البلدان لدفع الاذى عن الثياب النفيسة وما راه المسلمون حسنا فهو حسن وقد جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم
كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعل
لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلوس والاتكاء ومعنى قول الشاعر ان الرجل اذا خرج في سفر عمد الى الشجر
فيأخذ له اتهم فقد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة قال لم تخني امراتي وان اصابه وقد انحل قال انها خانتني
هكذا المروي عن الثقات الا ان الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وهي خيط التذكرة يعقد بالاصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر
اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرتائم والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال
كالتهدار والتلعاب بمعنى الهدر واللعب

فصل في الوطء والنظر والمس

مسائل النظر اربع نظر
الرجل الى المراة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المراة الى المراة والاولى على اربعة اقسام نظره الى الاجنبية
الحرة ونظره الى من تحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير قال ولا يجوز ان ينظر
الرجل الى الاجنبية القياس ان لا ينظر الرجل الى الاجنبية من فرقها الى قدمها واليه اشار بقوله صلى الله عليه وسلم
المراة عورة مستورة ثم ابيح النظر لبعض المواضع وهو ما استثناه في الكتاب بقوله الا الى وجهها وكفيها للحاجة والضرورة
وكان ذلك استحسانا لكونه ارفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك علي وابن عباس رضي
الله عنهم بالكحل والخاتم والمراد مواضعهما وقوله ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة دليل معقول وهو ظاهر والانك
الرصاص وقوله فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة
النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يريد بالثانية ان يبصرها عن شهوة وقوله ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما اي
يوفق قاله للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه لما اراد ان يتزوج امراة وقوله كالخاتنة للغلام يعني ان الخافضة
والختان ينظران الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة في حق الرجال ومكرمة في حق النساء فلا يترك ويجوز للرجل
ان ينظر الى موضع الاحتقان لانه ضرورة يجوز الى المرض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روي عن ابي يوسف
واذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر الى موضعه قال وينظر الرجل الى الرجل هذا هو القسم الثاني من
اصل التقسيم قوله خلافا لما يقوله ابو عصمة يعني به سعد بن معاذ المروزي ان السرة احد حدي العورة فيكون من
العورة كالركبة قيل عطف الشافعي على ابي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول ان الركبة
عورة وهو لا يقول به لان الشافعي قط والمصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما
واحدا والماخذ متعددا فان المذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتهاء والركبة
عورة خلافا للشافعي استدلالا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة
هي السوءة دون ما عداها لقوله تعالى فبدت لهما سوءاتهما والمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا
لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا فيه الى العادة قوله لانه لا معتبر بها اي بالعادة مع وجود النص
جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله وما دون السرة الى منبت الشعر عورة وقوله وقد روى ابو هريرة جواب عن قول
الشافعي ودليل على كون الركبة عورة وقوله وابدى الحسن بن علي جواب عن قول ابي عصمة والشافعي وقوله وقال
عليه السلام الفخذ عورة جواب عن قول اهل الظاهر وقوله ولان الركبة دليل معقول على كون الركبة عورة والباقي ظاهر وقوله
لانهما اي النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم
الذي نحن فيه وقوله ووجه هذا الفرق اي فرق ما ذكر في الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظره اليها واجبا هو ان الشهوة
عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالبا الا ترى ان وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وعليه الصحة
لا لحقيقتهما وان ابا حنيفة جوز الصلاة في السفينة قاعدا لان دوران الراس فيها غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل
اليها مشتهيا وجدت الشهوة في الجانبين في جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفي جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة
واذا نظرت اليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لان الفرض انه لم ينظر ولا اعتبارا لعدم الغلبة فكانت الشهوة من
جانبها فقط والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة قال وتنظر المراة
من المراة هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم ما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل جاز للمراة ان تنظر اليه من المراة
لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالمتحقق كما في نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن
متحققة قال صاحب النهاية اي في الحمام وهذا دليل على انه لا يمنع عن الدخول في الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس
لان العرف الظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء
الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجل لان المقصود تحصيل الزينة والمراة الى هذا احوج من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال
في

في الانهار والحياض والمراة لا تتمكن من ذلك الى هذا اشار في المبسوط وقوله كنظر الرجل الى محارمه يعني لا ينظر الى بطنها
وظهرها وفخذها كما سياتي قال المصنف والاول اصح لان نظر الجنس اخف قال وينظر الرجل من امته هذا هو
القسم الثاني من اقسام نظر الرجل الى المراة والشارح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيد بقوله من
امته التي تحل له لان حكم امته المجوسية والتي هي اخته من الرضاعة حكم امة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر
الى جميع البدن مبنية على حل الوطء فينتفي بانتفائه والعير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لان الاهلي نوع
ستر من الاقتاب والشعر وقد قيل هو الاهلي ايضا وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما الاولى ان ينظر وقت الوقاع
روي عن ابي يوسف في الامالي قال سالت ابا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امراته وتمس هي فرجه ليتحرك
عليها هل ترى بذلك باسا قال لا وارجو ان يعظم الاجر قال وينظر الرجل من ذوات محارمه هذا هو القسم
الثالث من ذلك نظر الرجل الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها
وظهرها وفخذها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا باس بذلك حملا لحالها كحال الجنس في النظر وهو محجوج بحكم الظهار
فانه ثابت اذا قال لامراته انت علي كظهر امي فلو كان النظر اليه حلالا لما كان الظهار الا ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة
وقوله والاصل فيه اي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على ما ذكر قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية
والمراد والله اعلم مواضع الزينة ذكر الحال واراد المحل مبالغة في النهي عن الابداء لان الابداء اذا كان منفصلا اذا كان
منهيا عنه فابداء المتصل اولى وذلك قوله تعالى ولا القلائد في حرمة تعرض محالها وقوله وهي ما ذكر في الكتاب يريد به الوجه
الى اخره ويدخل في ذلك اي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك
موضع الزينة اما الراس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر
كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق
موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة والباقي كلامه واضح
وقوله لوجود المعنيين يعني الضرورة وقلة الرغبة فيه اي في المحرم وقوله في الاصح متعلق بقوله او سفاح لان اختلاف
المشايخ في المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح فان بعض مشايخنا قالوا لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان
ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانته مرة لا يؤتمن ثانيا والاصح انه لا باس بذلك
لما بينا انها محرمة عليه على التابيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد
على ما عرف في موضعه ولا باس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لوجود المقتضي للاباحة وهو الحاجة الى ذلك في المسافرة
وانتفاء المانع وهو فور الشهوة وقوله الا اذا كان يخاف عليها استثناء من قوله وكلمة فوق في قوله عليه السلام فوق
ثلاثة ايام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة ايام ايضا فكان كقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين واذا جازت
المسافرة بهن جازت الخلوة لان في المسافرة خلوة قوله فان احتاج الى الاركاب اي اركاب ذوات المحارم والاصل في
ذلك ان لا يجوز مس ما يجوز النظر اليه لان المس فوق النظر لكنه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل راس فاطمة
رضي الله عنها وكان يقول اجد منها ريح الجنة وكان ذلك لا عن شهوة قطعا فيجوز المس عند انتفاء الشهوة ما امكن
قال وينظر الرجل من مملوكة غيره هذا هو الرابع من ذلك وكلامه واضح وقوله علاها اي ضرب علاوتها وهي
راسها بالدرة وقوله خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح النظر الى ما دون السرة الى الركبة وجهه ما روي عن ابن عباس
رضي الله عنهما انه قال من اراد ان يشتري جارية فلينظر اليها الا الى موضع المئزر وتعامل اهل الحرمين ووجه العامة
ما ذكر في الكتاب وقوله واما الخلوة بها والمسافرة معها يعني اذا امن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ فيه فمنهم
من قال يحل واعتبرها بالمحارم واليه مال شمس الائمة وقال لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد وفي الاركاب
والانزال اعتبر محمد الضرورة فيهن يعني التي لا مدفع لها وفي المحارم مجرد الحاجة اي نفس الحاجة لا الضرورة وقوله ولا باس
بان يمس ذلك اي المواضع التي يجوز النظر اليها اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا في المختصر واطلق في
الجامع الصغير فقال رجل اراد ان يشتري جارية لا باس بان يمس ساقيها وذراعيها وصدرها وينظر الى صدرها وساقيها مكشوفة — فيه
والباقي واضح وقوله وكذا المخنث في الردي من الافعال يعني من يمكن غيره من نفسه احتراز عن المخنث الذي في اعضائه لين
وتكسر باصل الخلقة ولا يشتهي النساء فانه رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى او التابعين
غير اولي الاربة من الرجال قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء وقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد به الابله
الذي لا يدري ما يصنع بالنساء انما همه بطنه اذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والاصح ان يقول قوله تعالى او التابعين
من المتشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم هو محكم فيؤخذ به واليه اشار المصنف بقوله فالحاصل انه يؤخذ فيه
بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص وهو قوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء
اي لم يطلعوا اي لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمملوك والصحيح وقوله والمراد بالنص الاماء بالنص

قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رحمهما الله به فقال سعيد اي سعيد بن المسيب وسعيد ابن جبير قال في النهاية اطلق اسم العبيد ولم يقيده بالشبه لبيتين ولا العبيد بين وغيرهما سميت من حيث لا يغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض وعورض بان نظر الامة الى سيدتها استفيد من قوله او نسائهن فلو حملت هذه الاية على الاما لزم التكرار واجيب بان الاما لو لم تكن مرادة من قوله تعالى او نسائهن وجب ان لا تكون مرادة من قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ايضا لان البيان انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا يشكل على احد ان كلامه ان تنظر الى سيدتها يعني كالاجنبيات في الملك ان لم يعد توسعه فلا اقل ان لا يزيد تضييقا واجيب عن الاول بان المراد بالنساء الحرائر المسلمات التي في صحبتهن لانه ليس لمؤمنة ان يتجرد بين يدي مشركة او كتابية كذا عن ابن عباس رضي الله عنهما والظاهر انه اريد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت او غيرها والنساء كلهن في حل نظر بعضهن الى بعض سوا والمراد من قوله او ما ملكت ايمانهن الاما وعن الثاني بان حال الامة تقرب من حال الرجال حتى يباح فيمن قطع نحرمهم فكان يشكل انه يباح له التكشف بين يدي امتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله او نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحراير دون الاما والباقي واضح

فصل في الاستبراء وغيره

اي الاستبراء لانه احتراز عن وطء معتدة والمعتدة لانه بعد الاطلاق يقال استبرا الجارية اي طلب براءة رحمها من الحمل والحاصل موضع على ثلثة مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي صلى الله عليه وسلم الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكم اما وجوبه فبحديث سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع ابلغ نهي مع وجود الملك المطلق له واليد الممكنة منه وذلك لا يكون الا للوجوب واما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص واما علته فهي ارادة الوطء لانه لا يحل الا في محل فارغ فيوجب معرفة فراغه واما حكمه فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه بالمحترم بان لا يكون من زنى وان كان فيه بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملا للحال على الصلاح اما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتاخرها عنه واما العلة فهنا فكذلك لان الارادة امر مبطن لا يطلع عليه لان بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطء فان صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا هذا اي المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فلا تقتصر عليها فالجواب ان معناها حكما وعلة وسببا فالحق بها دلالة وان اظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي بان باع ابوه او وصيه وان كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج الى التعرف عن البراءة وعن المرأة والمملوك الماذون له في التجارة وممن لا يحل له وطؤها لكونها اخته رضاعا او ورثه وهو موطوءة ابنه وكذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو استحداث الملك واليد ولا تجزئ الحيضة التي اشتراها في اثنائها وقال ابو يوسف تجزئها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة ولا بالتي حصلت بعد الاستحداث بسبب من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة اي حصلت بعدها اي بعد الاسباب بالملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب فان السبب استحداث الملك واليد وهي انما تكون بالقبض ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم يدار على السبب ولا يجب الاستبراء على الابقة يعني التي ابقت في دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما يجب عليه الاستبراء لانهم ملكوها وقوله وحرم الدواعي لافضائها اليه اي الى الوطء كما اذا ظاهر من امرأته فانه حرم وطؤها وحرم دواعيه لافضائها اليه وقوله ولم يذكر الدواعي في المسبية يعني في ظاهر الرواية وعن محمد انها لا تحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني ان ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية امران الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم تحرم بالثاني فلتحرم بالاول اذ الحرمة توخذ بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه في الدليل ههنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم تحل بها الشافعي واكثر الفقهاء فلما كان علتها في المسبية امرا واحدا لم يعتبر ولما كان في غيرها امران تعاضدا اعتبرت وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات وقوله لما بينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وقوله وان ارتفع حيضها اي امتد طهرها في اوان الحيض لا يطاها حتى اذا تبين انها ليست بحامل جامعها لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضي مدة تدل على ان الحبل لو كان لظهر وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الا ان مشايخنا قالوا يتبين ذلك بشهرين او ثلثة على ما ذكر في الكتاب اي اخره قيل والاول اصح وهو ان يتركها شهرين او ثلثة لظهور الحبل في ذلك غالبا وقوله ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم ونشزها يعني يشتريها ويقبضها اذا زوجها البايع او بعضها اذا زوجها المشتري قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به لانه اذا لم

يوثق

يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه لا له والحيلة في تمشية هذه الحيلة ان يزوجها على ان يكون امرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعني بعد القبض لانه ان طلقها قبله كان على المشتري الاستبراء اذا قبضها في اصح الروايتين عن محمد لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها ولم يقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كانه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء وقوله اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء لان القبض اذ ذاك ليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء العلة الا ترى ان تزويج المشتري وان كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه مزيلا للتمكن وقوله كما اذا كانت المعتدة الغير يعني اذا اشترى امة معتدة وقبضت واعتدت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء الا عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد السبب قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق الى الاستبراء الى حرمة الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز ان يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره وقوله لان الحيض يمتد شطر عمرها قال في النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة ايام كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهو نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي رحمه الله علينا بالحديث على ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله ومن له امتان اختان فقبلهما هذه على ثلثة اوجه اما ان قبلهما او لم يقبلهما او قبل فان لم يقبلهما اصلا كان له ان يقبل ويطا ايتهما شاء سواء كان اشتراهما معا او على التعاقب وان كان قبل احداهما كان له ان يطا المقبلة دون الاخرى واما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا فالحكم ما ذكره في الكتاب وهو مذهب علي رضي الله عنه عملا باطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وكان عثمان رضي الله عنه يقول احلتهما اية يعني قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما اية يعني قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين قال المصنف رحمه الله ولا يعارض بقوله او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم لاتفاقه يجوز ان يكون المراد الجمع بينهما نكاحا فلا يتناول محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطئا فوجب ترجيح الحرمة المحرم والباقي واضح وقوله وكذا الكتابة كالاعتاق كذا زايده وقوله في هذا اي انه يحل وطء الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي ان لا يحل له وطء الاخرى واجيب بان الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقر بوطئها فحل الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فحل له ان يطا الاخرى وقوله ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل الى اخره واضح وعن عطاء رحمه الله ان ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن المعانقة فقال اول من عانق ابراهيم خليل الرحمن صلوات الله عليه لانه كان بمكة فاقبل ذو القرنين اليها فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي ان اركب في بلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم فسلم عليه ابراهيم فاعتنقه فكان هو اول من عانق والشيخ ابو منصور رحمه الله وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف بقوله في ازار واحد فانه سبب يفضي اليها فاما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص او جبة فلا باس به وعن سفيان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد الغير لا رخص فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروى انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم ابي القاسم رحمه الله انه لو كان اذا دخل عليه احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب الكلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

فصل في البيع

افرد فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطء لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا الاوما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم قال ولا باس ببيع السرقين كلامه واضح وقوله في الصحيح احتراز عن الرواية الاخرى وهي ان الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز وقوله على اي وجه كان يعني سواء كان عبدا او امة او كافرا رجلا او امرأة وقوله لما مر من قبل يعني في فصل الاكل والشرب في قوله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للحرج وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على اي وصف كان اجيب بان معنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب الفاسق لمروته او لوجاهته وقوله ان اكبر الراي يقوم مقام اليقين يعني فيما هو اعظم من هذا كالفروج والدماء الا ترى ان من تزوج امرأة فادخل عليه انسان واخبره انها امرأته وسعه ان يطاها اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رايه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكبر رايه انه لص قصد قتله واخذ ماله وان كان اكبر رايه انه هارب من لص لم يعجل وان قتله وفي رواية لص ثم تبين انه رجل صالح ففي القياس يقتص به وفي الاستحسان عليه الدية كما [illegible] وقوله الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك كدرة في يد فقير لا يملك شيئا او كتابا في يد جاهل لم يكن في ابائه من هو اهل لذلك فيستحب له ان يتنزه وقوله وان كان الذي اتاه بها اي بالجارية لان هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية انها لفلان فراى اخر يبيعها يعني ان الاتي بالجارية اذا كان عبدا او امة وقال للاخر وهبتها منك او بعتها منك فليس للاخر ان يقبلها منه ولا ان يشتريها منه حتى يسال

عن ذلك لان المنافي للملك وهو الرق معلوم فيه فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من راه في يده لا يحل له الشرا وقوله وان لم يكن له
راي لم يسع له القيام الي جريان المهملة اي الملازمة فلا بد من دليل وقوله ولو ان امراة اخبرها ثقة بناه على ان القاطع اذا كان طاريا
ولا منازع للمخبر به يقبل به قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الي غيره وان لم يكن لا بد من انضمام اكبر الراي اليه وله واذا ظهر ذلك
سهل تطبيق الفروع عليه وقوله لان القاطع فيه والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلا يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل
خبر الواحد في ارتداد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه اخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت
للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى
منه والباقي واضح قال ـــ واذا باع المسلم خمرا ... واضح وروي عن محمد رحمه الله انه قال هذا اذا كان القضاء والاقتضاء
بالتراضي فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن خمر طاب له ذلك بقوله فقضا به وقوله ويكره الاحتكار
افتعال من حكر اي حبس والمراد به حبس الاقوات متربصا للغلا وقوله فان ليس فهو مكروه في الوجهين يعني في الاضرار وعدمه
وقوله ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا قفيزا بابيه وهو يسوي خمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين
وقوله ... لدفع ضرر عام كالطبيب الجاهل والمكاري المفلس وقوله وليس الشرب من ضرورات الحل لان الشرب قد
يوجد بدون الحل وبالعكس فلا يكون الحل مستلزما للمعصية وقوله ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء واضح ولكن في لفظ
الكتاب اشتباه وذلك لان عنده الوديعة فلا فرق حينئذ بين صورة الوديعة والقرض ويجوز ان يحمل قوله يأخذ منه ما شاء حاجا

مسائل متفرقة

خارج المشروط يعني وضعه بشرط ان يأخذ منه ما شاء واما اذا اوضعه ولم يشترط شيئا فهو وديعة ان هلك لم يضمن شيئا
التعشير جعل العواشر في المصحف وهي كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف في تفسير قوله جردوا القرآن فيكون
المراد به نقط المصاحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف وقيل هو امر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا
باطل وقيل هو حث على ان لا يتعلم شيئا من كتب الله غير القرآن لان غيره اي التوراة يتلقى من اليهود والنصارى وليسوا بمأمونين عليها
وقوله وقد ذكرناه قبل يعني في فصل القراءة وقوله ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني قيد بهما لان في عيادة المجوسي اختلافا
بين المشايخ فمنهم من قال لا باس به لانهم من اهل الذمة وهو المروي عن محمد رحمه الله ومنهم من قال هم ابعد عن الاسلام من اليهود
والنصارى الا ترى انه لا تباح ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عيادة الفاسق والاصح انه لا باس به
لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح قال ـــ ومن كان في يده لقيط لا اب له ذكر في النهاية ان قوله لا اب له
ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب فوهب لها انها لو قبضت
او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في
فتح باب الاحسان من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم
كذا ذكر فخر الاسلام واموال العينه ما يكون للنسل لا للتجارة وقوله واجارة الصغار في اكثر النسخ وهو رواية القدوري
وفي بعضها واجارة الاظآر وكلامه واضح وقوله ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره يناقض قوله واجارة الصغار ظاهرا فمنهم من حمله على
الروايتين فالاول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب اي لفظ الاظآر كما مر
ومنهم من وفق بينهما بحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في المعرض الذي يعدله الضرورة وعدم جوازها
على ما اذا لم يكن فيه ضرورة وقوله ولا يجوز ذلك للعم يعني وان كان في حجره وقوله ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز قال في النهاية اي لا يلزم
وقوله وقد ذكرناه يعني في باب اجارة العبد وقوله ويكره ان يجعل في عنق عبده الراية الراية الغل يجعل في عنقه يعلم بها انه ابق
قال في النهاية واما الدراية بالدال فغلط كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الاباق اما في زماننا فلا باس به لغلبة الاباق
خصوصا في الهنود وقوله يريد به التداوي احتراز عما لو اراد به التسمين فانه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته اي باباحة التداوي
الحديث قال النبي صلى الله عليه وسلم تداووا عباد الله فان الله ما خلق داء الا وخلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على
التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك بجذع النخلة مع قدرته على ان
يرزقها من غير هذا كذا ذكره فخر الاسلام وقوله الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قيل اذا لم يعلم فيه
شفاء اما اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء اخر غيره يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم
عليكم يحتمل ان يكون قاله في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال تنكشف الحرمة
عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال قال ـــ ولا باس برزق القاضي اذا قلد السلطان رجلا القضاء لا باس بان
يعين له رزقا بطريق الكفاية لانه لا يشترط ذلك في ابتداء التقليد لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن اسيد رضي الله عنه الى مكة
وفرض له اربعين اوقية في السنة والاوقية اسم لاربعين درهما وتكلموا في انه صلى الله عليه وسلم من اي مال رزقه ولم يكن يومئذ
الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه فقيل انما رزقه من الفيء وقيل من المال الذي اخذه من نصارى
نجران ومن الجزية الذي اخذها من مجوس هجر وقوله على اختلاف عرف في نفقة المراة يعني على قول محمد يجب رد حصة ما بقي من السنة وعلى
قول ابي يوسف لا يجب قاسوا على نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد خلافا لابي
يوسف

يوسف وقوله ولا باس بان تسافر الامة ... قيل هذا كان في الابتداء اما الان فيكره ذلك لغلبة اهل الفسق وقوله وقد ذكرناه من قبل اشارة الى
ما ذكر قبيل فصل الاستبراء بقوله واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسبب للخصب
في اقوات الانام ومشروعيته بقوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له وشروطه ستذكر في اثناء الكلام وسببه تعلق البقاء
المقدر بتعاطيه غير مرة وحكمه تملك المحيي ما احياه قال ـــ الموات ما لا ينتفع به من الاراضي شبه ما لا ينتفع به من الاراضي
لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه وما اشبه ذلك بان غلب عليه الرمال او صار سبخا بالميت من الحيوان الذي بطلت منافعه
فسمي امواتا واحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به وقوله ما كان العادي منها عاديا ليس المراد منه ما يقتضيه ظاهر لفظه من
ان يكون منسوبا الى عاد لان عادا لم يملك جميع اراضي الموات ولكن مراده ما قدم خرابه كما ذكر في الكتاب وقوله او كان مملوكا
في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه قول بعض المشايخ وقال بعضهم الاراضي المملوكة اذا انقرض اهلها فهي كاللقطة وقوله واذا
لم يعرف مالكه من تتمة قول محمد وقوله قيد من الحكم عليه اي على القرب مرجع حكمي نفهم من قوله قريبا وقوله ثم من احياه ... وقوله
وما رواه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب الشرع تقريره ان المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والاخر اذنا بالشرع فالاول
كقوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف في صلاته فلينصرف والاخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه اي للامام ان يأذن للقائل
بهذا القول فكان عليه السلام اذنا لقوم معينين فيجوز ان يكون قوله عليه السلام من احيى ارضا مواتا فهي له من ذلك القبيل
وحاصله ان ذلك يحتمل التاويل وما ذكره ابو حنيفة معقول لا يقبله فكان راجحا وفيه وجه اخر وهو ان قوله عليه السلام من احيا
ارضا ميتة فهي له يدل على السبب فان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على علية المشتق منه لذلك الحكم وليس فيه ما ينفي كونه مشروطا
باذن الامام وقوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله والاصح ان الاول ينزعها من الثاني بيانه
ان المشايخ اختلفوا في ان احياء الموات يثبت ملك الاستغلال او ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه ابو القاسم احمد البلخي
الى الاول قياسا على من جلس في موضع مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه واعرض بطل حقه وعامتهم الى الثاني استدلالا
بالحديث فانه اضاف بلام التمليك في قوله فهي له وملكه لا يزول بالترك وللقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما
صحيح واما على مذهب ابي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان كان اذنا
لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا ترى ان الامام اذا قال من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلبه من قتله وقوله لتعينها لمطرقه لانه حين
سلكه عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا احياه الرابع فقد احيا طريقه من حيث المعنى فيكون له في طريقه
قال ـــ ويملكه الذمي بالاحياء المسلم والذمي في تملك ما احيا سواء لاستوائهما في السبب والاستواء في السبب يوجب الاستواء
في الحكم كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على اصلنا كالمسلم وقوله ومن حجر ارضا ولم يعمرها
ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كونه مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا
موقتا الى ثلاث سنين وقيل لا يفيد وهو مختار المصنف اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا احيا انسان اخر
قبل مضي ثلاث سنين واحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس للمحتجر حق بعد
ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب
والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة وقوله من غير ان يتم الشاة هو ما يلقى للسيل لو دام وقوله وفي الاخير يريد
حفر البير ورد الخبر وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بيرا ... مقدار ذراع ... وقوله لتحقق
حاجتهم اليها حقيقة يعني عند محمد او دلالة عند ابي يوسف وقوله على ما بينا اشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل
القرية عنها حقيقة الخ وقوله ولا يجوز ان يقطع الامام يقال اقطع السلطان رجلا ارضا اي اعطاه اياها وخصصه بها وقوله لما ذكر
اشارة الى قوله لتحقق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل ومبركها وقوله الاربعون من كل الجوانب يعني يكون في كل جانب عشرة
اذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته فانه بظاهره يجمع الجوانب الاربع
والصحيح انه من كل جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البير الاول كيلا يحفر بحريمه احد بيرا اخرى فيتحول
الماء اليها وهذا الضرر لا يندفع بعشرة اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف بالصلابة والرخاوة وفي مقدار اربعين ذراعا
من كل جانب يتيقن بدفع الضرر والناضح البعير وقوله وله ما روينا يريد به قوله من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا من غير
فصل يعني بين العطن والناضح واعترض بانه مقيد بقوله عطنا لماشيته فيكون قد فصل بين العطن والناضح واجيب بان ذكر ذلك
اللفظ للتغليب لا للتقييد فان الغالب في انتفاع الابار في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرا لجميع الانتفاعات
كما في قوله تعالى وذروا البيع فان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تعالى ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما والوعيد
ليس مخصوصا بالاكل ولكن الغالب من امره الاكل فخرج على ما عليه الغالب والدليل على ذلك ما روى ابو يوسف قال حدثنا
اشعث بن سوار عن الشعبي انه قال حريم البير اربعون ذراعا من ههنا وههنا وههنا وههنا لا يدخل عليه احد في حريمه ولا في
مائه وقوله والعام المتفق على قبوله والعمل به يريد قوله عليه السلام من حفر بيرا الا ان كلمة من يفيد العموم اولى عنده اي عند ابي

حنيفة رحمه الله من انه حريم المختلف في قوله والعمل به يريد به حديث الزهري حريم العين خمس مائة ذراع وحريم بير العطن اربعون
ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا وعموم الاول بان معناه من حفر بيرا للعطن فله مما حولها اربعون ذراعا وهو خاص بالعطن
واجيب بان عطنا ليس صفة للبير حتى يكون مخصصا وانما هو بيان الحاجة اي الاربعين لكونها دافعا لمقتضي القياس فانه يابي استحقاق الحريم
لان عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل ففي موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه بما ذكرنا فما تركه في الناضح القياس بحديث الزهري
لئلا يلزم التحكم قلنا حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس فحفظناه وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام
حريم العين خمس مائة ذراع وقوله والذراع هي المكسرة يعني ان يكون ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها
نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة بقبضة وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة
على الناس فانها هي المكسرة فان قيل اراد ان يحفر في حريمها منع منه كلامه واضح وقوله ان يطمها اي يصلحه ويكبسه من باب ضرب
زيدا وكرمه في كون العطف للتفسير فان اصلاحه كبسه قوله ذكر طريق معرفة النقصان وهو ان يقوم المحفور اولا قبل حفر الثاني وبعده
فيضمن نقصان ما بينهما والقناة مجرى الماء تحت الارض يسمى بالفارسية كاريز قوله وبه ورد الحديث يريد به ما روي ان رجلا غرس شجرة
في ارض فلاة فجاء اخر فاراد ان يغرس شجرة الى جنب شجرته فشكى صاحب الشجرة الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي صلى الله
عليه وسلم من الحريم خمسة اذرع والطلق للاخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه وقوله ومن كان له نهر في
ارض غيره ذكره في شرح الطحاوي لو ان نهر الرجل في ارض على شاطئ النهر لا خلاف فيه ان رغاي المسناة فان كان بين الارض وبين النهر
حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب النهر بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل قال ابو حنيفة رحمه الله هي لصاحب الارض ولصاحب
النهر فيها حق حتى ان صاحب الارض اذا اراد رفعها اي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله المسناة
لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل حين اما الانهار الصغار التي تحتاج الى
كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكر في النهاية وظاهر كلام المصنف ينافيه وقوله فيكون لها حريم اعتبارا بالبير يعني
بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر كما في البير والعين فيتعدى الحكم منهما اليه وقوله ان القياس يابى
على ما ذكرناه يعني قوله لان القياس يابى استحقاق الحريم لانه وفي البير عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل
فلا يصح تعديته وقوله والحاجة الى الحريم فيه اي في البير جواب عما يقال هب انه على خلاف القياس فيلحق به بالدلالة ووجهه
ان الالحاق بالدلالة انما يكون للاعلى بالادنى او المساوي واللاحق بما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه اي في البير
فوق الحاجة اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم ولا يمكن في البير الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فيتعذر الالحاق
وقوله ووجه البناء اي قوله القول لصاحب اليد من جهتهما وقوله بعدم استحقاقه الحريم من جهة ابي حنيفة وقوله اما صورته فلا استواء
يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم يكن المسناة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر
ان ارتفاعه لالقاطية وقوله يقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه هو الموعود بقوله على ما نذكره وقوله والقضاء في موضع
الخلاف اي في مسألة من كان له نهر في ارض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك فلو اقام صاحب النهر البينة بعد هذا ان المسناة ملكه تقبل بينته
ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضي عليه في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله ولا نزاع فيما به استمساك الماء جواب عن
قولهما ان الحريم في يد صاحب النهر لاستمساك الماء وهو واضح وقوله والمانع من نقضه جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وذكر
رواية الجامع الصغير لانه تبين بها موضع الخلاف وقوله ليس لاحدهما عليه اي المسناة بتاويل الحريم

فصل في مسائل الشرب

فصل في المياه لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه
على فصل الكري لان المقصود هو الماء والشفة اصلها شفهة اسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها هنا الشرب بالشفاه وجيحون نهر خوارزم
وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وصفوة النهر بالكسر والفتح حافته وانث ثلث في قوله عليه السلام الناس
شركاء في ثلث لان الفصيح في الكلام اذا لم يذكر المعدود ان يذكر على لفظ المؤنث نظرا الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه السلام
من صام رمضان واتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق في الايام لا في الليالي ولكنه لما لم يذكر المعدود وهو الايام
انثه وقوله عليه السلام شركاء يريد به الاباحة في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والابار والانهار واما الكلأ وهو ما لا ساق له
فاما ان نبت في ارض شخص او انبته فيها بكري الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا ان احدا لا يدخل ملكه الا باذنه فان
لم يجد في غير ذلك الموضع فاما ان يخرج له صاحب الارض او ياذن له بالدخول وان كان الثاني فهو احق به وليس لاحد ان ينتفع بشيء منه
الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب المكتسب واما النار فمن اوقد نارا في ارض ليس لاحد فيها حق فلهم ان ينتفعوا بنارها من حيث الاصطلاء بها (الا برضاه)
وتجفيف الثياب وان يعمل بضوئها واما ان ارادوا ان ياخذوا الجمر فليس لهم ذلك لان ذلك جمر او حطب قد احرزه الموقد ليس مما ثبت فيه الشركة
وكلامه واضح وقوله الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل يريد به قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث وقوله حتى لو سرقه انسان لم يقطع
اعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب
بان الحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم الاية ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم فان العمل به على
الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على ان المراد به غير ما دل عليه الخصوصات وقوله وقيل له
ان

ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر ذكره في المبسوط واكثرهم على ان له ان يمنع اي مثل هذه الصورة لان السقي ما لا يضر بصاحب
النهر والبير فاما ما يضر ويقطع فله ان يمنع ذلك وقوله ولهم ان ياخذوا منه اي من الجدول الصغير علم من وضع المسألة فيه وقوله في
الصحيح اشارة الى اختلاف المشايخ فمنهم من قال لا ياخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشركة تثبت في حق السقي لا غير
والصحيح جوازه دفعا للحرج وقوله ثم ذلك في الاصح احتراز عن قول بعض المتاخرين من ائمة بلخ اذ قالوا ليس له ذلك الا باذن
صاحب النهر عملا بظاهر الحديث وقوله لان الماشي دخل في المقاسم اي متى دخل في قسمة رجل بعينه وقوله مؤنة هذه اي بالكلية

فصل في كري الانهار

لما فرغ عن ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كري الانهار التي كان الشرب
منها ولما كان مؤنة الكري امرا زايدا على الشرب اذ الشرب يوجد بدون مؤنة الكري كما في النهر العام اخر ذكره ووجه الحصر على
الثلثة ظ لان النهر اما ان يكون عاما من كل وجه او خاصا كذلك او عاما من وجه خاصا من وجه اما الاول فكالفرات وسيحون
وجيحون ودجلة واما الاخران فقد فصل المصنف بينهما باستحقاق الشفعة وقد تقدم ذلك فيها وقوله الا انه يجوز له اي
للكري فمن كان يطيقه اي الذي يقدر على العمل ويجعل مؤنته اي مؤنة من يطيقه على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعل
ذلك في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء قوله ويقابله يعني عوض حصته من الشرب
فلا يعارض به اي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب الضرر العام فيجعل ضررا او يجب السعي في اعدامه وانما
بقي الضرر الخاص وقوله خيفة الانبثاق يقال بثق السيل موضع كذا اي خرقه وشقه وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان الحق
لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وهو قول ابي بكر الاسكاف وقيل لا يجبر وهو قول ابي بكر بن سعيد
البلخي وقوله فاسوة الحصتان يعني في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاحتياز في النهر الثاني فان فيه من اهله يجبر عليه هناك
لان احد الحقين عام والاخر خاص فيجب الآبي دفعا للضرر العام عن غيره وقوله ولا حق لاهل الشفعة جواب عما يقال ان في كري
النهر الخاص احياء حق الشفة للعامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغي ان يجبر الآبي على الكري دفعا للضرر عن اهل الشفة وهو
قول بعض المتاخرين من مشايخنا في ظاهر الرواية لا يجبر الآبي بحق اهل الشفة كما لو امتنع جميع اهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون على
الكري بحق اهل الشفة وقوله ومؤنة كري النهر المشترك ظاهر وقوله فلا يلزمه انفاع غيره قال في النهاية الصواب نفع غيره لان الانفاع
في معنى النفع غير مسموع وقوله لانهم لا يحصون يعني فكانوا مجهولين

فصل في دعوى الشرب والاختلاف في النهر

لما فرغ من بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب بجواز دعوى الشرب بلا ارض استحسانا فان في المبسوط
ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعي في الدعوى والشهادة وقول الشرب مجهول جهالة لا تقبل
الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله ترك على حاله معناه لم يكن له ذلك وقوله فان لم يكن في يده يعني بان لم يكن
مستعملا بان جاء ماؤه فيه او لم يكن اشجاره في طرف النهر فعليه اي فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له ان كان يدعي رقبة النهر
وانه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها ان كان يدعي الاجراء في هذا النهر فاذا اقامها يقضى له لاثباته بالحجة
ملكا له يعني في الاول او حقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله بحكم الاختلاف
فيه اي اختلاف المدعين في الامور المذكورة نظيره اي نظير الاختلاف في الشرب وقوله لان الانتفاع بحقه فيتقدر بقدره
معارضا بانهم قد استووا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق واجيب
بان اثبات اليد على الماء انما هو بالانتفاع بالماء ومن له عشرة قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي
في اثبات اليد وقوله لم يكن له ذلك اي لم يكن لصاحب الاعلى السكر لما فيه اي في السكر ابطال حق الباقين ولكنه يشرب من حصته
يعني من غير سكر وقوله الا انه اذا امكن ذلك يعني اذا اصطلحوا على السكر ليس له ان يسكر بما ينكبس به النهر
كالطين ونحوه اذا امكنه ان يسكر بلوح او خشبة او باب لكونه اضرارا بهم تمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم
يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء بدا اهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا لان
في السكر احداث شيء في وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك لما فيه من حق جميع الشركاء وحق اهل الاسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم ان
يمنعوا اهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه اهل اسفل النهر اهل على اهل اعلاه حتى يرووا الان
معناه لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وعليهم طاعتهم في ذلك ومن لزمك طاعته فهو اميرك وقوله والدالية والسانية نظير الرحى
الدالية جذع طويل مركب تركيب مداق الارز وفي راسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية البعير يستقى من البير والجسر اسم لما يوضع
ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الآجر والحجر موضوعا لا يرفع وكل ذلك محدثة في ملك مشترك فلا يملك
الا برضاهم سواء كان منهم او من غيرهم قوله وكذا اذا كانت القسمة بالكوى الكوى جمع كوة نقب البيت والجمع كوى بالمد وكوى بالقصر والمقدار
لمقادير الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له ان يوسع الكوة وقوله وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر
فيجعلها في اربعة اذرع منه اي من فم النهر وهذا التقدير اتفاقي والعبرة للاحتباس وصورته هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوة
في فم النهر فاراد ان يؤخرها عن صفة النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواه اي يجعلها اعمق مما كانت وهي في ذلك
الموضع او يرفعها اي كذلك عن وجه الارض وقوله وهو نظير ما مر كذا يعني مما ذكر انه يزيد في الشرب ما ليس منه حق في الشرب ويزيد من

الماره ومن ليس له حق في المرور وقيد بقوله ساكنها غير ساكن هذه الدار لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح بابا الى دار اخرى
وقوله وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما بان يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه واذا كان في حصتي سددت ما بدا
لي منها وانت في حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى يستدام وفي الثانية
في بعض المدة ورد بان بدل ذلك لصاحب النخل وقوله لانه اعارة لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من الشهر لتعذر جعلها
تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته به باطل واذا كانت عارية فللمعير ان يرجع متى شاء وقوله والشرب مما يورث ويوصى
بالانتفاع بعينه بناء على ان الورثة خلفا [illegible] يقومون مقامه في املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك لانك
ان القصاص والدين والخمر [illegible] بالارث [illegible] بالبيع ونحوه والوصية اخت الميراث وقوله بعينه احتراز عن الايصاء ببيع الشرب
كما يذكره والحاصل ان الشرب بغير الارض لا يملك بشيء من العقود فاذا اسماه في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل واذا اسماه في الخلع
صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعي على دعواه اذا لم يكن عن قصاص فان كان فعلى القاتل الدية
وارش الجراحة وقوله الاصح اشارة الى وجود الاختلاف فان العلماء اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السبيل في ذلك ان يقال
للقوم ان العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشتري هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من اقرب ما
يكون من هذا الشرب فينظر بكم يشتري مع الشرب وبكم يشتري بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع
ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك واختار المصنف رحمه الله ما ذكره في الكتاب وقوله ادبحها
ما قال في الصحاح محجة الارض اي اسلت الماء فيها وقوله لانه غير متعد فيه يلوح الى انه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدي انما يكون اذا
سقى ارضه سقيا يستقر مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقيل ان كان جاره يتقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا
بالحائط المائل

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب
لمناسبة لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله وشكر انعامه فان قيل
ما باله حل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل علينا من الكرامة لنا من الله
لئلا نقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء او الدواعي المذكور موجود اجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم
يكن اذ ذاك واما التدريج الصاري لئلا ينفر من الاسلام وسمي هذا الكتاب بها اي بالاشربة وهي جمع شراب اسم لما هو حرام منه عند
اهل الشرع لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد والمراد
بالاشتداد صلاحيته للاسكار وكلامه واضح وقوله وقال بعض الناس قيل يريد به مالكا والشافعي رحمهما الله وقوله لما ذكرناه اشارة الى
التي من ماء العنب وقوله في غيره اي واشتهر في غير التي من ماء العنب اذ اهل الشرع اعتبروا لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف
وقوله ولان حرمة الخمر قطعية يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فيكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون التي من ماء العنب خمرا
قطعي بالاتفاق فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلاف بين العلماء وادنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فيكون الحرمة قطعية وما يدل
عليها ظني وقوله وانما سمي يعني غير التي خمرا لتخمره اي لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل ولئن سلمنا
انه مشتق منها لكن لا ينافي اختصاصه بالتي من ماء العنب لجواز ان يكون المشتق مخصوصا كالنجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا
وكالقارورة مشتقة من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار ونظائره كثيرة وقوله والحديث الاول يريد به كل مسكر خمر روي عن يحيى
ابن معين انه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله صلعم احدها قوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من
مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال احمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن
معين فليس بحديث وقوله والثاني يريد به الخمر من هاتين الشجرتين يريد به الحكم يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في
الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق وقوله وقيل هو حد في حرمة الشرب بعد
الاشتداد احتياطا يعني ولي الحد يوجد بعد قذف الزبد احتياطا ايضا وقوله وهذا اي انكار حرمة عينها كفر من المنكر وان كان قابلا منه
الكفر منه لانه جحود الكتاب يعني قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم منتهون وقد ذكرناه لا لالة على ذلك في
الاشراق شرح مشارق الانوار على احسن ما يكون فليطلب ثمة وقوله وقد جاءت السنة متواترة معناه جاء عن النبي صلعم في الخمر احاديث كلها
تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كما عنه علي رضي الله عنه وجود حاتم وشجاعة النور
بالمعنى وقوله وهذا من خواص الخمر يعني دعاء القليل الى الكثير قال الامام محمد في المبسوط ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء ولا تزيد على اللذة
في الانتهاء الا الخمر فان اللذة فيها تزداد بالاستكثار منها وقوله لانه خلاف السنة المشهورة يعني ما روى ابن عباس رضي الله عنه من قوله صلعم
حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولو كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها الى غيرها وقوله حتى لا يضمن
متلفها لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا فيه فقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شرير يخشى عليه الشرب واما اذا كان
عند صالح فلا يباح لانه يخللها وقوله والا يحرم حرمة الانتفاع بها يريد التداوي بالاحتقان وسقي الدواب والاقطار في الاحليل وقوله الا
ان حكم الغلظ فيتبع بقوله صلعم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث الحديث وقوله على ما قالوا قال شيخ الاسلام خواهر زاده لم يذكر
محمد رحمه الله انه اذا اشرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال واجب ان لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو النيء

منه

من ماء العنب وهذا الذي نبي وقوله والمنصف قيل يجوز ان يكون منصوبا عطفا على قوله الباذق اي يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثيه بالباذق ويسمى
المنصف ايضا لانه قال الاشربة المحرمة اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان الباذق
غير المنصف لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب اقل من ثلثيه لانه اعم من ان يكون منصفا او
غيره والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال اولا وقوله وهو النيء من ماء التمر اي الرطب انما فسر الرطب بالتمر
لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء وقوله هو حرام مكروه
اردف الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر وقوله وتدل عليه ما رويناه من قبل
يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى النخلة والكرمة وقوله والاية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة
مباحة لانها مكية وحرمة الخمر بالمدينة وهذا على تقدير ان يكون المراد بالاية الامتنان كما قال الخصم وقيل اراد به التوبيخ معناه
انتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعونه رزقا حسنا وقوله وقد بينا المعنى من قبل يريد به قولنا انه رقيق ملذ مطرب الى اخره
وقوله غير ان عنده يعني عند ابي حنيفة رحمه الله تجب قيمتها لا مثلها كما اذا اتلف المسلم خمر الذمي على ما عرف ان المسلم ممنوع عن التصرف
في الحرام واورد رواية الجامع الصغير بعد قوله هما سوى ذلك من الاشربة اي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب
والطلاء وهو الباذق والمنصف لبيان ان العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره وقوله وقال فيه يعني في الجامع الصغير
قال ولا باس بالخليطين الخليطان ماء التمر والزبيب اذا خلطا فيطبخ بعد ذلك ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد والعجوة
والتمر الذي يقرب شبه الضرس بجودته وقوله يحمل على الشدة وكان ذلك في الابتداء يعني ان النهي عن الجمع بين التمر والزبيب كان في
الابتداء وقت كان بالمسلمين ضيق وشدة في امر الطعام لئلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعا بل يأكل احدهما ويؤثر بالاخر على
جاره ثم لما وسع الله على عباده النعم اباح الجمع بين النعمتين وقوله قيل المحد هو قول الفقيه ابي جعفر وقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة
الى قوله لان قليله لا يدعو الى الكثير وقيل ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان
هذه الانبذة ليست بمتخذة مما هو اصل الخمر وقيل هو اشارة الى قوله بمنزلة الطعام ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وبالحي كلامه
واضح وقوله وعن محمد مثل قولهما اي مثل قول ابي حنيفة وابي يوسف مذكور في النوادر ولكن الفتوى على القول الموافق لمحمد وقوله
بعض البنج ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف وقوله ولان المفسد للعقل هو القدح المسكر عندنا لا ما قبله فان قيل القدح الاخير لم يسكر
على انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا اجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكما وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى
وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة اولى ان يقال الحرام هو المسكر والطلاقة على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة والمراد فلا يكون
المجاز مرادا وقوله وانما يحرم القليل منه اي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو ان يقال لما كان المفسد هو الاخير دون ما تقدم
وجب ان لا يكون في الخمر كذلك ويجوز ان يكون جوابا عن قولهم ولان المسكر يفسد العقل فيكون قليله وكثيره حراما والاول اوضح ووجه الجواب
على الاول ان القياس ذلك ولكن تركناه لان الخمر لرقتها ولطافتها تدعو الى الكثير فاعطي القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى
الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله والحديث الاول يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول
على القدح الاخير وقوله والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه ابو
يوسفي ويعقوبي لان ابا يوسف رحمه الله كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بختجا وحميديا قال لانه منسوب الى رجل اسمه حميد
وهل يشترط لاباحته عندهما بعد ما صب الماء فيه ادنى طبخة اختلف المشايخ فيه واختاره المصنف وقوله او يذهب منهما يعني
تارة يذهب الماء اولا للطافته وتارة يذهب الماء والعصير معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانه لما ذهبا معا
كان الذاهب من العصير ايضا ثلثيه لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه
اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب اقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب الى
على القطع والثبات وقوله يكتفي بادنى طبخة هي رواية عن ابي حنيفة هي رواية الحسن عنه وانكرها المتقدمون من مشايخنا
فقد روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف قال سمعت ابا حنيفة يقول انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا اصح لما ذكر
في الكتاب قال ولا باس بالانتباذ في الدباء [illegible] اكثر اهل العلم الانتباذ في الدباء وهو القرع والحنتم وهي الجرار
الخضر او حمر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحدة حنتمة والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والنقير هو الخشب المنقور
لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحوم الاضاحي
ان تمسكوه فوق ثلاثة ايام فامسكوه ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم وعن النبيذ في الدباء
والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولكن ينتبذ فيه ان كان فيه خمر بعد التطهير على ملوثه
في الكتاب قال شيخ الاسلام في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد في هذه الظروف اكثر
مما تشتد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله واذا تخللت الخمر يعني ان خل الخمر حلال عندنا سواء
تخللت بنفسها او خللت وقال الشافعي ان كان التخليل بالقاء شيء فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى
الشمس وعكسه فله قولان وقوله في الفرق ما التي يسبع الخمر يتنجس بملاقاته الخمر والنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما اذا تخللت

شيء من ذلك ودليله على احد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله عليه السلام الا دام الخل وهو يتناول الخل والمتخلل لا محالة ولان التخليل اصلاح المعد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به وكثرة الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المعد ان لم يكن واجبا فلا اقل من الاباحة والمنازع مكابر وكذا قوله وكذا الصالح للمصالح يجوز ان يكون معناه المخلل صالح للمصالح والصالح للمصالح مباح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ وقوله بالاقتراب لاعدام الفساد وجواب عن قوله ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لا نسلم انه على جهة التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالاراقة جائز فبالتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في المال وهذا الجواب وما بعده الا المكابرة والله اعلم فان قيل فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن اريقها حين سأله ابو طلحة عن تخليل خمر ايتام عنده وبما روي انه عليه السلام نهى ان يتخذ الخمر خلا اجيب عن الاول بان ذلك كان في ابتداء التحريم قطعا لهم ان يحوموا حول الخمر كما حرم الانتباذ في الاوعية المذكورة مع تصريحه بان الظرف لا يحرم شيئا ويوضحه انه عليه السلام امر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني ان المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال صلى الله عليه وسلم اليس كانوا يامرون وينهون فتطيعونهم قال نعم قال هو ذلك فثبت ان الاتخاذ الاستعمال دردي الخمر وغيرها ما بقي في اسفله ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به وانما خص الامتشاط لان له تاثيرا في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا يحد شارب الدردي ان لم يسكر خلافا للشافعي قال شرب جزء من الخمر فيجب الحد ولنا ان الزجر ... واضح

فصل في طبخ العصير

لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تعليما للابقاء على حله الدورق مكيال للشراب وهو معرب قوله وان كانا يذهبان معا فيغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه قال في النهاية كان محمد رحمه الله علم ان العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء اولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا ففصل الجواب فيه تفصيلا وحاصله ان الماء متى كان اسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله ففي الوجه الاول يعني ما يذهب فيه الماء اولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته ان تجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلثة اسهم لانك تحتاج الى ان تجعل عشرة دوارق عصير على ثلثة ... الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء اولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ما بقي العصير لا غير وهو ثلثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله وفي الوجه الثاني يعني الذي يذهب الماء والعصير معا يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهذا وما لم يصب الماء في العصير لا يبقى بعد ما صار مثلثا سواء وقوله يحل لانه اثر النار مثاله لو طبخ عصيرا حتى ذهب ثلثه الا خمسه وبقي ... ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا باس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي يبقى من الحرارة بعد ما قطع عنه اثر تلك النار ... صار مثلثا والنار تحته سواء وهذا بخلاف ما برد قبل ان يصير مثلثا ثم غلي واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء فهو لا يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه اثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله بما يه عشرة ارطال عصير الى قوله فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وهذا لان الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل في ما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شيء تسعة ارطال فعرفنا ان كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يتقسم على ما بقي اتساعا فاذا انصب منه ثلثة ارطال وثلثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة ارطال وستة اتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل وقوله وله طريق اخر قيل هو ان يجعل الاخر الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل فاذا اريق ثلثه كان من الحلال والحرام جميعا لانه لا يعلق للذاهب عينا بالحلال او بالحرام وكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لاحتياجك الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت ارطال الحلال ثلثين سهما وقد اريق ثلثه وهو عشرة فيبقى للثلثين عشرون وهو رطلان وتسعا رطل والله اعلم

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون للتفرج والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما ان يكون محرما او لا فان كان فهو حرام فان لم يكن فاما ان اصطاد في الحرم فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو ان يكون من اهل الذكاة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل اخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان لا يقتله جرحا وان لا ياكل منه وخمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء الا السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه وان لا يكون متقويا بنابه او بمخلبه وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية مستوفى

الخلاصة

الخلاصة وفيه تسامح وهذا الان شرط الاصطياد للاكل بالطلب لا غير على انه لو اشتغل بعضه لا يحرم كما لو اشتغل بعملا لكن ادركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فهو صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وانه ادنى مراتب الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فانه يدل على الحل اذا زال الاحرام وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه احل لكم صيد البحر كان اسد واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لاحد في اباحته فكان اجماعا وقوله لانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاصطياد استدلال بالمعقول

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما ان آلة الصيد هاهنا حيوان وفي الرمي جماد وللفاضل تقدم على المفضول قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذيب والدب والخنزير لكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لكل احد لم يستثنه والباقية ان امكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والدب لان من عادتهما انهما اذا امسكا صيدا لا ياكلانه في الحال والتعلم انما يتحقق بترك الاكل فلا يعلم انه ترك عادة او تعلما ولان التعليم لانه يمسك للغير والاسد لعلو همته لا يفعل ذلك والدب لخساسته واستثناهما ابو يوسف والحق بعضهم الحداة بالدب لخسة الخساسة وانما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلم من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري بدلالة على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير على الاثبات والنفي جميعا والاصل في ذلك اي في جواز الاصطياد بالمذكور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله احل لكم الطيبات اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وهاهنا قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فيحمل عليه اولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي وان صيد غيرها لانه في تاويل لفظ هي التي تجرح من الجراحة والمكلبين يعني المسلطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التاديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر ومن هذا انه لا يجوز الاصطياد الا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين ويدل استدلال المصنف على صحة التاويل بعموم حديث عدي بن حاتم وقال اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه السلام في دعائه اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فافترسه الاسد وقوله وعن ابي يوسف يتعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله ولان آية تعليمه ترك ما هو مألوفه عادة وقيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه مستوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وهو ليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول وقوله كما في قصص بعض الاخبار قيل اراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقوله كما هو اصله في جنس اي اصل ابي حنيفة رحمه الله في جنس المقادير نحو جنس المقادير العرم وحد التقادم وتقدير ما غلب في نزح ماء البئر المعينة وقوله وله انه اية تعليمه عنده اي ان ترك الاكل علامة تعليمه عند العالم لانه ان يعلم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الى ان ... على صاحبه واذا حكمنا انه يمسكه على صاحبه وقد اخذه بعد ارسال صاحبه فيحل وقوله في ظاهر الرواية يريد به رواية الزيادات فانه لو قتل الكلب او البازي الصيد من غير جرح لا يحل واشار في الاصل الى انه يحل والفتوى على ظاهر الرواية وقوله في تاويل يعني تاويل ما اولنا اولا هو قوله والجوارح الكواسب في تاويل وذلك ما يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب يعني بجموع الاية بين التاويلين لعدم التنافي بينهما وذلك لان الاصل ان النص اذا ورد وفيه احتمال في المعاني فان كان بينهما تناف يحمل على احدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع اخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اراد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي هاهنا وفيه نظر لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الاخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطي وقوله وفيه اي في الجارح الكاسب اخذ باليقين وقوله رجوعا الى التاويل الاول يعني ما سبق من الكواسب وقوله وجوابه ما قلنا يعني قوله لا منافاة بينهما وفيه اخذ باليقين وقوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه يعني حديث عدي رضي الله عنه فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني رضي الله عنه انه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل واضح لهما اجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا ياكل منه دل على انه امسك على نفسه وقوله على اختلاف كما بينا في الابتداء اراد انه ذكر ما يحل عنده ما اصطاده ... وقوله واما الصيود التي اخذها من قبل ولم ... وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يؤكل ان ابا حنيفة رحمه الله يحكم بجهله مستندا وهما يقولان بالاقتصار على ما اكل لان ما احرزه المالك حكم باباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض باجتهاد اخر مثله بعده والجواب ما قال وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل ذلك ينقض باجتهاد اخر كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء وما قال ابو حنيفة رحمه الله اقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا باع شيئا من صوره المعتبرة والحكم فيه كالتي في الخلاف اذا تصادق البائع والمشتري

على جناية الكلب وقوله ولو انصرف اي صاحبه فكمنا حتي تم صاد يعني بعد مارجع الي صاحبه لم يوكل واما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتفا الارسال وصلة الوثبة في الكلب معلوم وطوليه بالغرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اذ اكل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيد به باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتي اذا اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه وانتهاشه منه دفع لحم الصيد من محاذاة صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ فقد كان ممسكا على نفسه قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه المرسل ان ادرك الصيد حيا فلا يخلو اما ان تمكن من ذكاته اولا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتي مات لم يوكل سوا كانت الحياة فيه بينة او خفية وان ذبح حل في قول اصحابنا جميعا وكذلك حكم البازي والسهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل ذلك فبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الالة او ضيق الوقت فاما ان يكون فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح اولا فان كان لم يوكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يوكل وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ الغرض انه لم يتمكن من الذبح فصار كما راى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية انه لما لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه يثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره اي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في اكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فادير على ما ذكرنا من ثبوت اليد على المذبح وان لم يكن الحياة فيه فوق ما يكون من المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتي مات اكل لانه ميت حكما الاترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح اي ليس بمحل للذبح فلم يثبت يده على المذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الالة لم يوكل لانه مفرط وان كان لضيق الوقت لم يوكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا وقلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار فان قيل وضع المسئلة فيما يكون الحياة فوق ما يكون في المذبوح فكان يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع للذبح فكان عدم التمكن متصورا وهذا اي ما ذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتي لا يحل بدون الذكاة فيما اذا كان بقاؤه متوهما اما اذا شق الكلب العلم بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يذكه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل وهو قول ابي بكر الرازي هذا اي قولنا اما عند ابي حنيفة فلا يوكل هذا ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا له الى المتردية اي اعتبارا بهذا الذي ذكرنا انه لا يوكل عنده اذا شق بطنه واخرج ما فيه اذا ترك التذكية فاما اذا ذكاه فقد حل اكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب اي شق الذئب بطنه وفيه حياة خفية او بينة اذا ذبح حل عنده وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعن ابي يوسف لا بد من حياة بينة وهو ان يكون بحال يعيش فاما اذا لم يكن كذلك فلا يحل اكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد لا بد من حياة بينة وهو ان يكون بحيث يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل اكله والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه اشاره الى قوله لانه ميت حكما وقيل قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله ولو ادركه ولم ياخذه يريد ان المسايل المتقدمة كانت فيما اخذه الصياد وههنا ادركه ولم ياخذه وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا واذا ارسل كلبه على صيد بعينه صيدا معينا فاخذ غيره حل عندنا ما دام في وجه ارساله وقوله ولنا ان شرط التعيين شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد والتعيين بالنسبة الى هذا المقصود سوا فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا اجيب بانه متعذر اذ لا يقدر الصائد او الكلب على الوفا بذلك حيث لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله على ما بيناه يعني في اول كتاب الذبايح حيث قال ويشترط عند الارسال والرمي وقوله ولهذا اشترط التسمية عنده اي عند الارسال وقوله فيغلب جانب الحرمة نصا اي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وههنا ثلثة فصول احدها ما اشترك فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما رويناه والثاني ما اشتركا فيه في الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة لان جهة الحل راجح لان المعلم منفرد بالجرح والثالث ما لم يشتركا في شي لكن الثاني اشتد اي حمل على الاول حتي اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشارك الاول في شي من الصيد وانما اثر في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بنا عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فاكل الصيد لم يوكل والاصل في هذا ان الفعل يرفع بالاقوى والمساوي دون الادنى فاذا ارسل المسلم كلبه وزجره اي اغراه المجوسي حل اكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزا واجيب بان الجزا في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزا بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى واذا ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يوكل لذلك ولهذا اي ولان الزجر دون الارسال لم يثبت به اي بالزجر شبهة يعني في الصورة الاولى مع ان الحرمة اسرع ثبوتا لغلبته الحرمة على الحلال والاولى ان لا يثبت به الحل يعني بزجر المسلم وقوله لان الزجر مثل الانفلات يعني من حيث الكل واحد غير مشروط لحلال الصيد بخلاف الارسال وقوله لانه ان كان دونه يعني ان الاثر جاز ان كان دون الانفلات من حيث كونه بنا

عليه

عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو مثله فيجعل ناسخا وقوله وحده اي جرحه جرحا لحمه الجنة وقوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الاثخان حصلت بالدواجن فيحل بالذبح لا يضرب الكلب وجوابه انه تعذر رفقه وما تعذر رفعه تعذر دفعه وقوله بجرح الكلب الاول لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد بالذبح في المذبح لا بالجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الحل والحرمة غلب الحرمة ... ان الاله الحيوان اليه شرعا بيان حكم الالة الجمادية والحق الصوت الخفي ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبه او بازيه فاصطاد صيدا ثم تبين ان المسموع حسه ادمي او بقر او شاه لم يحل الظبي المصاب مثلا في قولهم جميعا لانه ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كما اذا رمى الى ادمي عالما به فاصاب صيدا فانه لا يوكل وان تبين ان المسموع حسه صيد حل المصاب اي صيد كان المسموع حسه يعني سوا كان ماكول اللحم او لم يكن لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف ان المسموع حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل اكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم الاترى انه لا تثبت الاباحة في شي منه بخلاف ساير السباع لانه اي الاصطياد يوثر في جلده وزفر خص منها اي من جملة المسموع حسه ما لا يوكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة فكان هو والادمي سوا ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بالماكول وما هو كذلك فالماكول وغيره بالنسبة اليه سوا فان قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا والاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرطه قبوله للاباحة حتي لو لم يقبلها حرم كما اذا كان خنزيرا لا يثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا قبلها فان كان مما يحل تناوله ثبت اباحة تناوله لغير السباع من البهايم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله ثبت اباحة جلده فثبت ان فعله وقع مباحا اصطيادا او اباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس بمخرج له عن ذلك واذا وقع اصطيادا كان كانه رمى الى الصيد فاصاب غيره قوله وان تبين انه حس ادمي قد مناه انفا وقوله لان الفعل ليس باصطياد لان الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا الداجن الذي ياوي البيوت اهلي والظبي الموثق اي المشدود بالوثاق بعد لستناسه بمنزلة الادمي لما بينا ان الفعل ليس باصطياد ثم اذ الجمل توحش المقصود برميه تعتبر فيه الاصل وعلى هذا تخرج المسئلة المذكورة في الكتاب وقوله وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيها يشير الى ان كون ما تبين حسه من الصيود من شرطه ان يكون حل اكله مشروطا بالذبح حتي لو سمع حسا وظنه ادميا ورماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيدا فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي ان من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب مع انه لم يقصد به رمي الادمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الادمي ورمي الادمي ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس اما شمول الحل او شمول عدمه او انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك لانه ما حل المصاب مع اقتران ظنه بانه ادمي ففي اذا اقترن ظنه بانه صيد اولى او لانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده فلا يحل المصاب ههنا كما لم يحل ثمة او لم يحل ههنا نظرا الى قصده وحل هناك لذلك اجيب بان الفرق باعتبار اليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع تعينه اي تعين كونه صيدا وبيانه ان في المسئلة الاولى اصاب سهمه غير المسموع حسه فكان قصده الى المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل اكله لانعدام فعل الاصطياد واما ههنا فسهمه اصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد حقيقة والظن اذا وقع مخالفا لحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل اكل المصاب لوجود فعل الاصطياد وقوله على ما بيناه في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ وقوله فتحامل التحامل في المشي ان يتكلف على مشقة واعيا تقول تحاملت في المشي وقوله حتي اصابه اكل فسل اذا اوجده وفيه جراحة سهمه لا غير ولما لم اوجده وفيه جراحة اخرى فليس له ان ياكله وقوله ترك الطلب او لم يترك كما يجيء لانه ظهر لموته سببان احدهما يوجب الحل والاخر يوجب الحرمة فتغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي رحمه الله يوكل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتي مات يجعل قاتلا فلما وجد فيه جرح غيره كان الفعل منه موهوما والموهوم في هذا كالمتحقق كقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته قاله حين اهدى رجل اليه عليه السلام صيدا فقال من اين لك هذا فقال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتي حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقي وهو الرمح الصغير فقال عليه السلام لا ادري لعل هوام الارض قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتا وقوله ولان احتمال الموت دليل العقود على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه ايضا اجاب بقوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة انه لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن هوام يكون بسبب عمله وقوله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه فان لم يبت يحل يعني ان راي فيه اثر السبع واحتج على ذلك بانه يجيء اهل العلم كذلك وبانه بني الامر على الغالب لانه اذا مات فقعد عن طلبه غالبا ووجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي حجة عليه فقوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته حجة له على مالك من قصته فانه عليه السلام قاله لمن حال بينه وبينه

الليلة

الصيد ظلما كما يجوز أن الاصل أن خصوص السبب غير معتبر واعتبار قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما وقوله ولو وجد

به جراحة قد مناه والخلاف فيه هو ما هو يمكن الاحتراز عنه لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام فان

الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد ان يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يحل محرما اذا لم يقعد عن الطلب قال

واذا رمى صيدا فوقع في الماء اكل اهله والصحيح وهو في المعنى معتبرا فلا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سيأتي وقوله وكذا السطح

من علو في التنبيه من علو وهو في اللغة مضموم او مفتوحا ومكسورا وقوله وان وقع على الارض ابتداء اكل يعني اذا لم يكن

على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما يجيء وقوله وذكر في المنتقى يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية

الاصل وهي قوله او صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الاصل من

قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسي رواية المنتقى على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه

كذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا وقع على

الارض وانشق بطنه وفي الجملة فليس في المسألة روايتان وهذا الى ما فعله شمس الائمة لصح لان المذكور في الاصل مطلق

فيجري على اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق يخرج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على

الارض اكل وقد ذكرنا معناه وقوله كما اذا وقع اي غير الماء اي في الماء وقوله ما اصاب المعراض بعرضه المعراض اسم سهم

لا ريش له يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بحده والبندقة طينة مدورة يرمى بها وقوله اذا لم يخزق بالزاء المعجمة خزق المعراض

اي نفذ وبالراء المهملة خطأ وكذلك قوله ان جرحه يعني اذا رماه فجرحه فان كان ثقيلا وبه حدة قالوا لا يؤكل لاحتمال ان

قتله بثقله وبه حدة قالوا لا وان كان خفيفا وبه حدة اكل والمروة حجر اسود ابيض رقيق كالسكين يذبح واللهم يستعمل عقيبه الا

اذا كان المستثنى عن قدر نادر ابدانا بانه يبلغ في الندرة حد الشذوذ وقوله قيل لا يحل هو قول ابي القاسم الصفار ووجهه

ان الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح وقيل يحل هو قول ابي بكر الاسكاف لوجود الذكاة بين اللبة واللحيين والدم قد يحتبس

لغلظه او لضيق المنفذ وقوله وهذا لا يوجد بعض ما قدمناه من يليه قول ابي القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم قال

وان رمى صيدا اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد اكل الصيد لما يقال ان الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤكل العضو ان امكن حياته بعد الابانة

وان لم يمكن اكلا وقال الشافعي وهو مذهب ابن ابي ليلى ان مات الصيد منه اكلا لانه مبان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك

حل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار وذلك لان قطع اي عضو كان في ذكاة الاضطرار كقطع الراس في

ذكاة الاختيار والراس يؤكل في ذكاة الاختيار فكذا العضو المبان في ذكاة الاضطرار ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من الحي فهو ميت ووجه

الاستدلال انه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة يعني ابين

من الحي حقيقة وحكما اما حقيقة فلقيام الحياة به واما حكما فلانه يتوهم حياته بعد ابانة هذا العضو ولهذا اي ولكونه حيا حكما اعتبره

الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز ان يكون موته بوقوعه في الماء وقوله ابين بالذكاة ذكره ليجيب عنه

بقوله قلنا وتقريره سلمنا ان ما ابين بالذكاة يؤكل ولكن لا ذكاة هاهنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة

لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحياة بعده اذ الفرض ذلك والجرح يعتبر ذكاة اذا امات منه او يكون على وجه لا يمكن الحياة

بعده ولهذا الوجه وفيه من الحياة فوق ما في المذبوح لا يدمر ذبحه وعند زوال الروح وان كان ذكاة بالنسبة الى الصيد

لكنه ليس بذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تأثيره في حرمته لعدم الحياة فيه فان قيل فليكن ذكاة للمبان بتبعية الاكثر اذ اماته

من ذلك القطع اجاب بقوله ولا تبعية يعني الاقل يتبع الاكثر اذا لم ينفصل عنه وهنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور

في الكتاب ظاهر وقوله والاكثر مما يلي العجز احترازا عما اذا كان الاكثر مما يلي الراس فانه يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج

من القلب الى الدماغ فاذا ابان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الاوداج وانما وقعت به ولكن مباناعند ذلك واما

اذا ابان الثلث مما يلي الراس فقد وقع الذكاة بقطع الاوداج نفسه ولم يكن الجزء مبانا والباقي ظاهر وقوله ولا يؤكل صيد المجوسي

مبناه ما تقدم ان غير اهل الكتاب من الكفر ليس باهل للذكاة الاختيارية ولا يده مما في اباحة الصيد قال ومن رمى صيدا

فاصابه ولم يثخنه اعلم ان الرجلين اذا رميا صيدا فذلك ينقسم الى قسمين اما ان رميا معا او متعاقبا والاول على الوجه فانه اذا

رمياه معا فاما ان يصيبا معا او تصيب احدهما اولا فان اصابه فاما ان يثخنه قبل اصابة الثاني او لا والثاني كذلك واما ان رماه

الثاني قبل اصابة السهم الاول او بعده فان كان الثاني فاما ان اثخنه الاول او لم يثخنه والاول يوجوهه والوجه الاول

من الثاني غير مذكور في الكتاب وانما ذكر ذلك تكملة للاقسام فان رميا معا واصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا ويؤكل لان كل

واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمي فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة

واصابه لو رمياه معا فاستويا في السبب وذلك يوجب المساواة في الملك وان رمياه معا فاصابه سهم احدهما اولا فاثخنه

اي اضعفه واخرجه عن حيز الامتناع ثم اصابه سهم الآخر فقتله فهو للاول وحل اكله عندنا خلافا لزفر هو يعتبر حالة الاتصال

والسهم الثاني اصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة ونحن نعتبر للحل حالة الارسال لان الاصابة بالمحل تتبعه ولهذا

تعتبر التسمية حال الارسال والارسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثاني حظر وللملك حالة الاتصال لان الملك يتصل

بالمحل وسهم الاول اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به الثاني وان لم يثخنه فهو للثاني وهو ظاهر وان رماه الثاني

بعد ما رماه الاول قبل ان يصيب سهمه وهو الاول من القسم الثاني فحكمه حكم ما لو رمياه معا هو لهما وحل اكله واما المذكور في

الكتاب فقد اعمل المصنف رحمه الله في بيانه ويشير الى بعض الفاظه ان خفي فقوله هذا اشارة الى قوله ولم يؤكل وقوله ان علم ان

الموت حصل من الجراحتين اولا يدري فكذا في الزيادات الخ بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الاكل وحكمه انه لم يؤكل لان احدى

الرميتين تعلق بها الحظر والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكره المصنف لانه يعلم من ضمان اللحم وان كان حكم صورة الجهالة وهي

ان لا تدري ان الموت حصل بايهما لصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهر فيضاف اليهما قيل كان الواجب

ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه وقوله وان كان رماه الاول ثانيا يعني انما

تقدم كان الرامي الثاني غير الرامي الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة الخ يعني لا في حكم الضمان لان الانسان

لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقي الخ واضح

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد

من حيث كونهما سببين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدين والمديون وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتفسيره

ومشروعيته وحكمه مذكور في الكتاب وسنذكره شيئا فشيئا واما تفسيره فما ذكره الرهن مطلقا لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي

الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه اي استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون كالديون وهو احتراز عن الرهان في

الحجر عن الرهن عن الحدود والقصاص واما مشروعيته فقوله تعالى فرهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد في جمع عبد وبما روي انه

صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وبالاجماع فان الامة اجمعت على جوازه من غير نكير وبالمعقول انه عقد

وثيقة في جانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وتقريره ان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب اولا

في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التي تختص بالمال

بل بطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ركن الرهن الايجاب

وهو قول الراهن رهنتك هذا الشيء بمال بدين لك علي وما اشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب

والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ وقالوا اراد به شيخ الاسلام خواهر زاده الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك

يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازائه شيئا لم تهتم المدى شيئا عليه ولا يعني بالتبرع

الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب

ان المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك قوله والقبض شرط اللزوم كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض

فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن

الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا محوزا

وقال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال مالك رحمه الله يلزم

الرهن بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا ما تلونا من قوله

تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى فمن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر

اي فليصم وكما في قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحرر فيكون تقديره والله اعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا

كاتبا فارهنوا او ارتهنوا لكن ترك قوله معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن بالاجماع فوجب ان يعمل

في شرطه وهو القبض كما في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع

مباح فصرف الى شرطه وهو المماثلة في اموال الربا فكذا هذا وفيه بحث من اوجه الاول ما قيل ان المصنف جعل الرهان مصدرا

وهو جمع رهن والثاني انه يجوز ان يكون الامر اي الاباحة بقرينة الاجماع فينصرف الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض ان كان

شرطا للجواز او اللزوم فقد ارتفع ذلك فلم يبق النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الآية متروك الظاهر لان ظاهرها يدل على

الرهن ان يكون في السفر كما قال به مجاهد الضحاك وقد ترك ذلك ومتروك الظاهر لا يصلح ان يكون حجة والجواب عن الاول انه مما يقتضيه

العجب لانه جمع الرهن والرهن مصدر يجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم وعن الثاني ان الامر في

الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة والاجماع لم يكن حال استعمال

هذا اللفظ واعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فصرف الى القبض وعن الثالث ان الدليل لا الزام مالك حيث لا يجعله شرط اللزوم ولا الجواز

وذلك ان الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي والتراضي من وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن

لا يقال هذا الاستدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح اما لان ذلك مذهب الجمهور من اصحابنا فيجوز ان يكون المصنف قد

اختاره واما ان عدم الصحة انما يكون اذا لم يكن الصفة مذكورة مقصودة وقد ذكرنا ان الوجوب انصرف اليها وعن الرابع

بانا لا نسلم ان متروك الظاهر ليس بحجة لان النصوص اكثرها متروك الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنح لي في هذا الموضع

والله اعلم وقوله ولانه عقد تبرع دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح وقوله ثم يكتفى به بالتخلية يريد به رفع الموانع وهو

ظاهر الرواية وهو الصحيح وقوله لانه اي قبض الرهن قبض موجب للضمان ابتداء لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد حتى ينتقل الضمان

وسلم ذلكم

منه الي المرتهن وكل قبض هذا شانه لا يكتفي فيه بالتخلية كما في الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون
وفيه نظر لان العقد بقبض التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولابد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي
التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما بخلاف الشرى جواب عن قياس
وجه الظاهر بان القبض في الشرى ناقل للضمان من البايع الى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الي المشتري مضمونا
على البايع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتدا وقوله والاول اي وجه الظاهر
اصح لان الرهن توثقة لجهة الاستيفا وحقيقة الاستيفا تثبت بالتخلية بان يخلي الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته
اذ الحقيقة اقوى من الجهة وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى واما الوصف المذكور في غير وجه الظاهر وهو كون القبض في
الشرا ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتدا فلا يكاد يبين قال فاذا قبضه المرتهن فقد ثبت ان القبض منصوص عليه
وقد تقدم في البيع ان المنصوص معتنى بشانه وذلك يقتضي الكمال والكامل في القبض هو ان يكون الرهن محوزا احترازا عما هو مشاع
فيجب ذلك وقوله محوزا احترازا عن رهن الثمر على رؤوس النخيل دونها وقوله مفرغا احترازا عن عكسه وقوله متميزا احترازا عن الشيوع
في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما ذكرنا ان اللزوم
او الجواز بالقبض اذ المقصود وهو الاستيفا لا يحصل قبله اي قبل القبض فاذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي رحمه الله
هو امانة في يده لا يسقط بهلاكه شي من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها اي هذه الالفاظ ثلثا لصاحبه غنمه
اي زوايده وعليه غرمه اي هلاكه قال ومعناه لا يصير اي الرهن مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة
فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك من الامساك
او من المطالبة بوجه اخر لان الاول مشاهد فلا فايدة في الاخبار عنه والثاني ليس بحق له ولانه ذكر الحق في اول الحديث منكرا ان
رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما الي النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقك
فذكر الحق منكرا ثم اعاده معرفا وفي ذلك يكون الثاني عين الاول كذا في النهاية وفيه نظر لان احدهما كلام الراوي والاخر كلام
النبي عليه السلام ومثل ذلك لا يكون من القاعدة المذكورة الا اذا علم ان المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم
ولم يعلم ذلك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك يعني اذا قال الراهن
لا ادري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكي هذا التاويل عن ابي جعفر وقوله مع اختلافهم في كيفيته يعني انهم
اتفقوا ان الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه مضمون بالقيمة وروي عن عمر رضي الله عنه
وابن مسعود انهما قالا وابن عباس رضي الله عنهما انه مضمون بالدين فاختلافهم على هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه
امانة خرق للاجماع والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يكون مملوكا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله
عن السلف كطاوس وابراهيم وغيرهما وقال مالك رحمه الله وتفسير ذلك فيما يرى ان يرهن الرجل الرهن بالشي وفي الرهن فضل عما رهن به
فيقول الراهن للمرتهن ان جيتك بحقك الى اجل يسميه له والا فالرهن لك بما فيه بعد الاجل الاول وقوله غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح
الاثار فهو في تعبير قول سعيد بن المسيب يعني ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا الا ان ذلك في الرهن اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم
الراهن ذلك النقص وان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وقوله ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفا دليل معقول على المطلوب
وتقريره الثابت للمرتهن يد الاستيفا ويد الاستيفا هو ملك اليد والحبس لان الرهن لغة ينبي عن الحبس الدايم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت
رهينة اي محبوسة بوبال ما اكتسب من المعاصي وقال زهير وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا اي ارتهنت
محبوبه قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك وهو كما ترى يدل على الحبس الدايم قوله
الدايم انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه انما يدل بنفي الفكاك لفكاك دل انه ينبي عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك
لما دام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت بالبيان ما يوجبه فثبت ان اللغة تدل على ان الرهن عن الحبس الدايم والاحكام الشرعية
ينعطف على الالفاظ على وفق الانبا فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبيا عن الحبس الدايم لانه المفهوم ولا مقتضي للعدول عنه ولكن
هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة في باب الاستيفا ومعناه ان يكون الرهن موصلا اليه اي الاستيفا وذلك اي كونه موصلا اليه ثابت
بملك اليد والحبس ليقع الامن عن جحود الراهن فجحود المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يفضي الى ادا الحق لان الراهن يخشى ان جحد الدين ان
يجحد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد يكون اكثر من الدين فيحتاج الى ايفا الاقل ليخلص الاكثر وليكون عاجزا عن الانتفاع به او ليفتح
عن المطالبة وهذه ايضا قضية تدل على ان الراهن ملك اليد والحبس ينضم اليها قوله واذا كان كذلك اي واذا ثبت ان الرهن يدل على اليد
والحبس ثبت الاستيفا من وجه لان الاستيفا انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وقد تقرر بالهلاك لانتفا احتمال النقض فلو لم
يسقط الدين واستوفاه ثانيا ادى الى تكرر الادا بالنسبة الى اليد وهو الربوا الا انه بخلاف ما اذا كان الرهن قايما لانه ينتقض هذا
الاستيفا الذي بالحبس بالرد على الراهن فلا تكرر الا اذا قيل فجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفا فان الهلاك لم يتعين لتقرير
الاستيفا الا ترى ان المبيع اذا هلك قبل التسليم فانه لا يتقرر استيفا الثمن بل ينتقض الاستيفا به اجيب بان النقض انما يتحقق فيما
امكن رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يودي الى الربوا

وايو

وهو ان يستوفي رقبة لا يدا الا بالجاب بقوله ولا وجه الى استيفا الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور وقوله والاستيفا
يقع بالمالية جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفا لكان اما لعين الدين او لبدله لا سبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفا
الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه جايز والاستبدال بهما غير جايز ووجه الجواب انا نختار
الاول قوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة او المالية والاول مسلم وليس الاستيفا من حيث الصورة بل هو من
حيث الصورة امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشرا اذا اشتراه
المرتهن لما تقدم في البيع ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فانه من جنس الدين مالية والاستيفا يقع
بها وقوله وموجب العقد جواب عما قال الشافعي الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد
ما اقتضاه العقد ووجهه ان موجب العقد ثبوت يد الاستيفا كما ذكرنا وذلك يحقق الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن ضرورة انه
كما في الحوالة فانها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وان كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا يقدح به مقتضى
العقد لان الاعتبار بالموضوعات الاصلية لا للوازم المقتضية ونوقض بنقض اجمالي وهو ان المستاجر بعد الفسخ محبوس عند المستاجر
بالاجرة المعجلة بمنزلة المرهون حتى اذا مات الاجر كان المستاجر احق به من ساير الغرما ثم اذا هلك لم يكن مضمونا واجيب بان
يد المستاجر بعد الفسخ ليست بيد استيفا لان يد الاستيفا هي التي كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستاجرة لاستيفا المنفعة
لا لاستيفا الاجرة من المالية فكذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك في يده واما اختصاصه به دون الغرما فلانه كان مخصوصا قبل الفسخ
لاستيفا المنفعة وبعد الفسخ بقي الاختصاص في حق استرداد الاجرة وقوله فالحاصل الخ واضح قال ولا يصح الرهن
الا بدين مضمون قيل ذكر مضمون للتاكيد لان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سيجب كما لو رهن بالدرك وهو ضمان الثمن
عند استحقاق المبيع لان حكمه اي حكم الرهن ثبوت يد الاستيفا كما تقدم والاستيفا يتلو الوجوب واما صحته بالدين الموعود ففي الكلام
فيه وقوله ويدخل اي يشكل على هذا اللفظ اي الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض
على سوم الشرا وقيد بقوله بانفسها احترازا عن غيرها والحاصل ان الرهن اما ان يكون بالدين او بالعين والاول صحيح بكل حال والثاني
اما ان يكون بعين مضمونة او لا والثاني غير صحيح كما في الودايع والعواري والمضاربات والشركات والاول اما ان يكون بنفسها وهو
ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا او يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل او القيمة كالمبيع في يد البايع
فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله لا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين
ثمه واجاب المصنف رحمه الله بقوله ويمكن ان يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة
دين ولهذا تصح الكفالة به اي بالعين المضمونة بنفسه وقوله وان كان لا تجب القيمة الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك تجب القيمة السابقة
ولهذا تعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه جواب على ما اختاره بعض اخر من المشايخ
وتقريره ان سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فيصح الرهن كما صحت الكفالة واعترض بان صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن فانها
تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلي دون الرهن واجيب بان قوله ما ذاب لك اضافة للكفالة لا كفالة ويصح ان
يقال فقولك دون الرهن يريد به دينا ما انعقد سبب وجوده او دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثاني
فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه وقوله ولهذا يجوز ان يكون تفريعا على التخريجين اما على الاول فتقريره ويكون الموجب الاصلي فيها
القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمونة بنفسها بهلاكه فلو احال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصلي
لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل واما على الثاني فتقريره ويكون سبب
وجوب القيمة قد انعقد فجعلت كالموجود فهلاك العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك
للقيمة ولا سبب الوجوب قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الرهن مضمون بالاقل اي بما هو الاقل من قيمته يوم
القبض ومن الدين ووقع في بعض نسخ القدوري بالاقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى الحرف واحد منهما ومعنى الثاني لكنه
وكلاهما واضح وقوله يترادان الفضل يعني ان التراد انما يكون بحر التباين وقوله كما في حقيقة الاستيفا مثل ما اذا القاه الفي درهم
في كيس وضعه في الف فانه يصير ضامنا لمقدار الدين والزيادة على قدر الدين امانة فكذا هذا وقوله ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها
لانا لو لم نجعل الزيادة مرهونة ادى الى الشيوع او لعدم انفكاكها عنه وقوله ولا ضرورة في حق الضمان لان بقا الرهن مع عدم الضمان
ممكن فان استعار الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجي وقوله والمراد بالتراد فيما روي حال البيع يعني
توفيقا بين حديثي علي فانه روي عنه رضي الله عنه المرتهن امين في الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن
فان الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زايدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله كما بيناه على التفصيل فيما تقدم
يعني في فصل الكيس من ادب القاضي وقوله واذا طلب المرتهن دينه واضح وقوله تحقيقا للتسوية قيل لان الرهن وان كان للاستيفا الا
بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة من حيث انه استيفا حكمه قلنا بان قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن في زمان لم يجب على المرتهن
تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه قوله لانه تتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه يعني
المرتهن ولم يعتبر هنا كل احتمال تكرر الاستيفا على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تاخر حق المرتهن

بخلاف الفصل الاول وقوله لاطلاق الامر يشير الى انه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة وقوله لانه لا قدرة له على الاحضار لان الرهن
بيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله وكذا اذا امر المرتهن يعني لا يكلف احضار الرهن لانه اي الرهن صار دينا بالبيع
بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتدا الا بطريق
انتقال حكم الرهن الى الثمن الا ترى انه لو باع الرهن باقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شي فصار كانه رهنه ولم يسلم اليه بل
وضعه على يد عدل وقوله لان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن استثنا من قوله فصار كان الراهن رهنه وهو دين جوابا عما يقال
لو كان الامر كذلك لكان للمرتهن ان يقبض الثمن من المشتري كما لو كان الرهن في يد عدل لكن له ذلك ووجهه ما ذكر ان ولاية القبض
باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله كما يكلف احضار الرهن لاستيفا الكل تكلف لاستيفا نجم قيل اذا ادعى الراهن هلاك
الرهن واما اذا المدعي فلا حاجة الى ذلك واليه اشار بقوله لاحتمال الهلاك وقوله ثم اذا قبض الثمن يعني اذا باع الرهن وقبض الثمن فاذا
قبضه وجب احضاره لاستيفا نجم لقيامه مقام العين وقوله وهذا بخلاف ما اذا اقتل اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه
الى اخره لا يجبر المرتهن على الاحضار بل لا يجبر الراهن على الادا وكان احضاره كي بخلاف ما اذا اقتل رجل عبد الرهن خطا حتى قضي
بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين فان الراهن لا يجبر على قضا الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلا بد من احضار
كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا يكون القيمة ههنا كالثمن وهي ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على القضا كما كان
ثمه اجيب بقوله وما صارت قيمته بفعله حتى ينتقل اليه الرهنية فيصير كالرهن في يد عدل بخلاف ما تقدم فان ثمه صار دينا بفعله
فكانهما تفاسخا وجعل الثمن رهنا كما مر فافترقا وفي النهاية جعل قوله وهذا بخلاف اشارة الى قوله تكلف لاستيفا نجم قد حل ووجهه
هكذا اي في مسالة القتل حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن
من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يقبض شيا قال ___ وان كان الرهن في يده اذا كان الرهن بيد
المرتهن فهو مخير بين ان يمكن الراهن من بيعه وان لا يمكنه لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه وذلك حقه فكيف اسقاطه
وكلامه واضح وقوله ولو هلك اي الرهن قبل الرد استرد الراهن ما قضاه لما ذكره وهو واضح وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن
عبدا بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن او ابراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير ان يمنعه
اياه فلا ضمان عليه استحسانا وان ثبت يد الاستيفا للمرتهن بقبضه السابق وتقرر بالهلاك فصار به مستوفيا بهلاك الرهن
بعد الابرا بمنزلة استيفا به حقيقة بعد الابرا ولو استوفى حقيقة بعد الابرا يرد المستوفى فيجب ان يكون ههنا كذلك واجيب بان
الرهن عقد استيفا باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفا يتقرر بالقبض للهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضا بعد الهلاك استيفا
بعد استيفا فيجب الرد واما الابرا فليس فيه استيفا شي ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو وقوله على وجه الفسخ
احترازا عما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله لانه اي الرهن يبقى مضمونا ما دام القبض والدين باقيا الا ترى انه لو رد الرهن
سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقيا واذا ابرا عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت
ذات وصفين تعدم الحكم بعدم احدهما فان قيل فينبغي ان لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك تمام فكان
الكلام متناقضا اجيب بانه بقا احتمال الحبس باحتمال استحقاق المودي يوجب بقا الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقق
لا سيما اذا لم ينشا عن دليل وقوله ولو هلك في يده يعني اذا احتبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان به وفا بالدين لبقا الرهن
وقوله وليس للمرتهن معناه انتفا جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به قال ___ وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه كلامه واضح والعبرة
في العيال للسكنى لا للنفقة الا ترى ان المراة اذا ارتهنت وسلمت الرهن الى زوجها لم تضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته اذا
سكن الاب وخرج الاب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن فان امر القاضي بامر المرتهن
بان ينفق عليه فاذا اقتضى الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا شي على الراهن وقول
زفر وقال ابو يوسف رحمه الله النفقة دين على الراهن والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله وكل ما كان لحفظه لرده الى يد المرتهن كجعل الابق او
لرد جز منه كمداواة الجراح وقوله والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه قال في شرح الطحاوي ولو شرط الراهن للمرتهن على الحفظ لا
يصح بخلاف الوديعة وقوله لتعلقه بالعين يعني بخلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على
المالية فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جز من الارض
لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان موضع المسالة فيما اذا ارتهن ارضا عشرية مع شجر او زرع فيها فاخذ العشر والاستحقاق
في جز من الارض يبطل الرهن للشيوع فيه فكذا في الاستحقاق اجاب بقوله ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه اي وجوب العشر لا ينافي ملكه
في جميع ما رهنه الا ترى انه لو باعه جاز ولو ادى العشر من موضع اخر جاز فصح الرهن في الكل ثم بخروج معين منه لم يتمكن الشيوع في الرهن لا
مقارنا ولا طاريا بخلاف الاستحقاق لان ملك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا في ورائه لانه شايع وقوله وما اداه احدهما
مما وجب على صاحبه يعني من اجرة وغيرها فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على الاخر فان كان بامر القاضي
فكذلك وان كان بامره رجع عليه كان صاحبه امره به لعموم ولاية القاضي وقد قيل انه لا بد مع امر القاضي بالنفقة لا يصير دينا على الراهن ما لم يجعله
دينا عليه بالتنصيص لان امره ههنا ليس للالزام فانه لا يلزمه شي منها بالاتفاق فيكون الامر بذلك مترددا بين الانفاق حسبة ودينا فقيد الا

يثبت

يثبت الادنى وقوله وهي فرع مسالة الحجر فمذهب ابي حنيفة رحمه الله ان القاضي لا يلي على الحر ولا يحجر وعندهما يلي عليه يعني عند ابي يوسف
ومحمد لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته وعند ابي حنيفة رحمه الله لو نفذ عليه امر القاضي حال حضوره يصير
مجبورا عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيه ضرورة

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال قال ___ ولا
يجوز رهن المشاع رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان
الباطل منه هو ما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه
وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكره في الكتاب دليلا لان اصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سنظهر ودليلنا
موقوف على مقدمة هي ان العقود شرعت لاحكامها فاذا فات الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن
ثبوت يد الاستيفا على ما تناوله العقد لما بينا انه وثيقة لجانب الاستيفا وثبوت يد الاستيفا فيما تناوله العقد وهو المشاع غير
متصور لان اليد يثبت على معين والمرهون من المشاع غير المعين والمعين غير غير المعين فيكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه
فوات حكمه وادرج المصنف دليل الشافعي بين الوجهين وهو قوله وعنده الشافعي ومقابلها هو الحكم عنده وهو تعينه فتقرير كلامه
حكم الرهن للبيع والمشاع وتقرير الثاني ان موجب الرهن اي موجب حكمه يعني لازمه لانه الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا
بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه يعني ما مر من قوله ويكون عاجزا
عن الاستيفا فيتسارع الى قضا الدين لحاجته او لضجره وكل ذلك اي كل ما مر من قوله الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود يتعلق
بالدوام اما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر لانه لو تمكن من الاسترداد ربما يجحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق
واما بالنظر الى النص فلانه لما اوجب القبض اوجب بقاءه لان ما تعلق بالحرف لا يبدا وانما البقا فيه سواء كالمحرمية في النكاح وقد
علمت ان حكم الرهن عنده ثبوت يد الاستيفا وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه ينقض الدوام فكان دوام الحبس لازما
لحكم الرهن ويفوت في المشاع والداعي الى هذا التوجيه تخليص الكلام عن التكرار فانه قال احدهما ينبني على حكم الرهن والثاني
ان موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله ولا يفضي اليه اي الى ثبوت دوام الحبس من تمام الدليل يعني
ثبت انه لا بد من الدوام ولا يفضي اليه الاستحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس في المشاع لانه لا بد من المهاياة فكانه يقول له ارهنتك
يوما دون يوم ولا شك في عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه ولهذا اي ولان الدوام يفوت في المشاع
يساوي ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره وقوله ولا يجوز اي الرهن من شريكه على الوجهين جميعا اما على
الوجه الاول فلانه لا يقبل حكمه واما على الثاني فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطاري ان يرهن الجميع
ثم يتفاسخا في البعض او اذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شا فباع نصفه وانه يمنع بقا الرهن في رواية الاصل وكلامه واضح
قال ___ ولا رهن ثمرة على روس النخل دون النخل هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته في الاصل الجامع ان
اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفا القبض في المرهون وحده لاختلاطه بغيره وقوله وبخلاف المتاع في الدار يعني
اذا رهن دارا مشغولة بامتعة الراهن لم يصح الرهن لانها لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض الا ترى
انه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها او منها لم يدخل الامتعة بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو منها او فيها فانه
يدخل الثمار فيدخل الرهن لاتصالها به خلقة وقوله ولو استحق بعضه اي بعض الرهن بان رهن دارا او ارضا فاستحق بعضها فاما
ان يكون الباقي غير مشاع بان كان المستحق جزا معينا غير شايع او كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين ان الرهن
من الابتدا كان ما بقي وهو غير مشاع كان جايزا وان كان الثاني تعين ان الرهن من الاول مشاع وهو مانع وقوله حتى قالوا يدخل
فيه من غير ذكر يعني قال المشايخ اذا رهن دابة عليها سرج او لجام دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله ولا يصح الرهن بالامانات
قد تقدم ذكره وقوله والرهن بالدرك باطل قد تقدم غير مرة ان الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البايع عند استحقاق المبيع
وصورة الرهن بذلك ان يبيع شيا ويسلمه الى المشتري فيخاف المشتري ان يستحقه احد فياخذ من البايع رهنا بالثمن لو استحقه احد
وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب ليستحق المبيع اولا واما الكفالة بذلك فهي جايزة والفرق ما ذكره
في الكتاب وذكر في فايدة الضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البايع عند استحقاق المبيع ضمن البايع دركه اولا انه
اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع الا اذا قضى القاضي بنقض البيع واما اذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى القاضي بنقض البيع
بينهما او لم ينقض وهذا بنا على ان المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضا البايع او قضى القاضي لان احتمال اقامة البايع البينة
على النتاج او التلقي من جهة المستحق قائم اما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله بخلاف الرهن بالدين الموعود متصل
بقوله يملك امانة وقوله ما ذكر في الكتاب وقوله لان الموعود يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى
استقراض شي وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة على المستقرض
فان قيل فليجعل المعدوم في الدرك موجودا للاشتراك في الحاجة اجيب بان المعدوم بحاجة يجعل موجودا اذا كان على شرف
الوجود والظاهر من حال المسلم ان يوعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على

بيع مال غيره وقوله لانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده اي وجود الدين والمقبوض بجهة الشي حكم ذلك الشي كالمقبوض على
سوم الشرا فيعطى له اي للاذي يقبض بجهة الرهن حكم الرهن حتى يهلك بما يسمى من المال بمقابلته ويجب على المقرض ايفا ما وعده وهذا اذا ساوى
قيمته ما استقرضه وانما اطلق جريا على ان الظاهر الغالب من الرهن ان يساوي الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشرا غير صحيح
لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب ان التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من
حيث انه يهلك مضمونا لا امانة واما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار ان ضمان الرهن ضمان استيفا الدين حيث
جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره وضمان المقبوض على سوم الشرا ضمان مبتدا يجب بالعقد اذ ليس للبايع على المشتري شي
قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر الرد بالمسمى كضمان الغصب وقوله فيضمنه اي فيضمن المرتهن ما قبض رهنا عن الدين الموعود
قال — ويصح الرهن براس مال السلم قال زفر رحمه الله حكم الرهن الاستيفا وهو واضح وهذا اي اخذ الرهن عن هذه الاشيا
ليس باستيفا لعدم المجانسة فكان استبدالا وباب الاستبدال فيها مسدود وقلنا هو استيفا لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفا
في الرهن انما هو من حيث المالية واما عين الرهن فهو امانة عنده كما لو كان الرهن عبدا فان كفنه على الراهن والاعيان من حيث
المالية جنس واحد فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في راس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب ان هذا
غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر تملك العين لكونه امانة ولان الاستبدال
لا يكتفى بذلك لاحتياجه الى تملك العين الحيا وقوله لفوات القبض حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا
بالهلاك وكان ذلك بعد التفرق وقوله يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه بالرهن لكونه بمعنى الفاعل ما عرف وقوله لانه بدله اي لان
راس المال بدل المسلم فيه وبدل الشي يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان
وفي القياس ليس له ان يحبسه لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط وراس المال دين اخر واجب بسبب اخر وهو القبض فلا يكون
رهنا به كما لو كان له على اخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم ابراه المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم
والجواب ان الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم وقوله ولو هلك الرهن اي لو هلك في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك
بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره اي بغير المسلم فيه وهو راس المال
وقوله هلك بالطعام لانه يشير الى انه لم يملك براس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم ان يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم
اليه ويأخذ راس المال لان بقبض الرهن صارت مالية مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى ان هلك فصار بهلاك الرهن
مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة رد المستوفى واسترداد راس المال فكذلك هاهنا وهذا
لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم
بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو راس المال فوجب التقاص ولا يلزم على المسلم اليه اداء الطعام
واجيب بانا لا نسلم ان مالية الرهن هاهنا من الدراهم فان تقدير مالية الاشيا بالنقود ليس بشرط وانما جاء الشرع بتقديره بها تيسيرا
يقتضي الحجر عن التقدير بغيرها ولما جعلا الرهن بالطعام مع علمهما بانه عقد استيفا كان ذلك منهما تقديرا للمالية بالطعام تحقيقا لغرضهما
فكان الرهن من جنس الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه حتى يلتقيا
قصاصا بل يلزم رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقررة لما مر انها لا تحتمل الفسخ وقوله لما بينا يريد به قوله
لان الثمن بدله وقوله وادى ثمنه له ان يحبسه يعني ادى ثمنه ثم اراد فسخه للمشتري ان يحبس العبد لاستيفا الثمن لان العبد هاهنا كان
بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفا ثمنه من البايع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته قال — ولا يجوز رهن
الحر والمدبر كلامه واضح وقوله وقيام المانع في الباقين يعني حق الحرية والفا لو طرات هذه التصرفات لبطلت فاذا كانت مقارنة
منعته وقوله ولا يجوز بالنفس لمعنيين احدهما ما ذكر في الكتاب ان استيفا المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني ان المكفول به غير
مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شي وبما جاريا فان القصاص في النفس وما دونه واما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فانه صحيح لان
البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطا لان استيفا الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن به رهنا لم يجز لانه
غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع وقوله ولا يجوز بالشفعة صورته ان يطلب الشفيع الشفعة ويقضي القاضي بذلك
فيقول للمشتري اعطني رهنا بالدار المشفوعة وقوله حتى لو ضاع يعني الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شي مضمون الا ترى انها لو رفعا
الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يامر المستاجر بتسليم الاجر وقوله فالرهن مضمون يعني بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن لانه رهنه بدين
واجب ظاهرا الا ترى ان البايع والمشتري لو اختصما الى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين
ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا وقوله ثم ظهر انه اي العبد المقتول حر وقد هلك الرهن فانه هلك بالاقل من قيمته
ومن قيمة الرهن وقوله ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا انه قبض بمال مضمون
ظاهرا فكان كالدين الثابت حقيقة وعن ابي يوسف ان خلافه يعني ليس عليه ان يرد شيا لانهما لما تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على
عدم الضمان وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفا بدون الدين لا يتصور وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه يعني ان الرواية عن ابي يوسف
محفوظة في مسالة الصلح عن الانكار والمشايخ قالوا القياس يقتضي ان يكون نظم المسايل الباقية كمسالة العبد والخل والشاة لان ذلك

وقوله

وقوله لابنه الصغير احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب ان يرهن عبده الموديون نفسه الا باذن الابن وقوله لما بينا اشاره
الى قوله وهذا انظر في حق الصبي فان هلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل
القيمة واما اذا كانت اكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها بمودع ولهما الولاية على ذلك وقوله وعند ابي يوسف لا
يقع المقاصة بل يبيع دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري وقوله واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير
بيان جواز ان يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد وهو ان يكون له دين على ابنه الصغير فياخذ شيا رهنا من متاعه
فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهنا لذاته وقوله او عبد له تاجر لا دين عليه قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير اما
اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من الاب ولو رهن من عبده ولا دين عليه لم يجز
وذلك لانا نجعل رهنه من عبده الذي لا دين عليه من الموصفين كرهنه من نفسه لم يجز فكذا من عبده وهذا بنا على ان بيع الاب
مال ولده من نفسه جايز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير
مضمونا بالقيمة واما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو
واضح والضمير في قوله من ابنه الصغير وعبده للوصي وقوله لان له حكما واحدا يريد كونه مضمونا بالاقل من القيمة والدين
سوا رهنه عند هولا او عند اجنبي وقوله واذا رهن الاب متاع الصغير سوا كان لنفسه او للصغير وقوله ومات الاب
قيد اتفاقي لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا اقتضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك فان كان لوالده
فله ان يرجع في مال والده لانه مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب وقوله لانه له على امرين جايزين يريد رهن الاب والوصي
متاع الصغير لدين على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد
ملك بدينهما لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من اجزا المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس وقوله كفعله بنفسه ثم استعاره
من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لا عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفيا
لدينه باغتصاب رب المديون واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع قبل الرهن ويرجع الوصي
على اليتيم وقد ضاع العين من مال اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم وقوله يضمنه لحق المرتهن يعني قدر الدين ولا
يضمنه لحق الصغير يعني قدر الزيادة على الدين وقوله باخذه بدينه اي ياخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه فضله عما
قبله للاستيناف وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ليس بمقيد بل هو عامل له جاز ان يرهنها بدين مضمون والدراهم والدنانير
على هذه الصفة فيجوز رهنها فان رهنت بجنسها وهلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة والرداءة ولا معتبر بالجودة
لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه واي برواية
اي مع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره وقوله فهو بما فيه يعني ذلك الرهن ضاع بمقابلة ذلك الدين كله وقوله في الوجهين يريد
ما يكون قيمته وزنه او اكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله على الخلاف المذكور يعني عند ابي حنيفة يهلك بالدين وعندهما
يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله ثم يتملكه يعني الراهن يتملك الرهن الذي جعل مكان الرهن الاول قوله واستيفا
الردي بالجيد جايز قال في النهاية كذا وقع في النسخ وكن الاصح ان يقال الاستيفا الردي بالجيد جايز وانما قلنا ان هذا
صح الوجهين احدهما ان الاستدلال بقوله كما اذا تجوز به انه في بدل الصرف والسلم يؤذن ان الاصح ان يقال واستيفا
الردي بالجيد لان التجوز انما يستعمل في اخذ الردي مكان الجيد ولان جواز استيفا الجيد بالردي لا شبهة لاحد
فيه فلا يحتاج الى الاستدلال بشي اخر والثاني ان الاستدلال بوضع المسالة فان وضع المسالة فيما اذا استوفى المرتهن لعشرة
قيمة ابريق هي اقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفيا الردي بمقابلة جيده واري ان ما في النسخ حق ويفيد ما يؤيد
صاحب النهاية رحمه الله قليتامل وقوله فقد حصل الاستيفا بالاجماع لما عرف ان بقبض الرهن يثبت الاستيفا ولا ينتقض
الا لرد والغرض عدمه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب وهو اما ان يكون الراهن او المرتهن لا سبيل
الى الاول لكونه متعنتا لطلب ما يضره ولا المرتهن لانه مطالب فلا يكون مطالبا ولانه يلزم تضمين الانسان ملك نفسه
لنفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين وقوله قيل وهذه فريعة كذا انما يتصور جعلها فريعة لتلك بنا على ما روى عيسى
ابن ابان رحمه الله ان محمدا مع ابي يوسف في تلك المسالة واما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة
رحمهما الله وفي هذه مع ابي يوسف وقوله والفرق لمحمد يعني على تقدير ان يكون هذه المسالة بنا على تلك المسالة انه اي رب الدين
قبض الزيوف ليستوفي دينه من عينها اي ان يكون ماله عليه من الدين والزيافة لا تمنع الاستيفا وقد تم بالهلاك فينتقض
القبض ووجه البنا ما قيل ان الزيف مقبوض للاستيفا فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفا وهناك المستوفي اذا تعذر
رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشي عند ابي حنيفة لمكان الجودة فكذا في الرهن قال شيخ الاسلام في مبسوطه ولكن جعل هذه
المسالة مبتداة اولى لانه وجد هاهنا للمرتهن الرضى بالاستيفا من الرهن عند الهلاك لعلمه انه بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار
الوزن ولم يوجد ثمه وقوله ولو انكسر الابريق كان الكلام فيما من حيث هلاك الرهن وهاهنا من حيث انكساره ولو انكسر الابريق
وكانت قيمته مثل وزنه قال ابو يوسف وابو حنيفة رحمهما الله لا يجبر الراهن على الفكاك لانه لو اجبر عليه فاما ان يكون مع ذهاب

شيء من الدين او هلك كله وهو نقصان تخرجه الرهن لا وجه الى الاول لانه اي المرتهن يصير قابضا دينه بالجودة على الانفراد لانه لم يبق
من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الابريق بالكسر وذلك ربوا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن
سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه حقه ناقصا اذا لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به لا محالة فتعين ما بين ان نفتكه
بما فيه اي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن قيمته من جنسه او خلاف جنسه مصوغا ويكون رهنا عند
المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد رحمه الله ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك
وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا يعني لما تقدم انه لا وجه الى ان يذهب شيء من الرهن الدين ولا ان نفتكه مع النقصان يعني ان
نفتكه مجانا وهو متعذر رفضا بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي التحقيق من الهلاك مضمونا بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه
وقلنا ان الاستيفاء عند الهلاك استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه ان يكون مضمونا بالدين اغلاق الرهن
وهو الاحتباس الكلي بان يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمين
بالقيمة واجبا او صوابا والصحيح او ما شاكل ذلك وقوله وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه بان يكون الوزن
عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود غش فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربوا او رديا من جنسه ويكون المضمون
مرهونا عنده الى ان يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر لما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار
على ما مر وكذا عند محمد لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما اذا كانت قيمة الابريق اقل من
وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني الى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني
وهو ما اذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته اكثر من وزنه اثنا عشر لجودة وصياغة فيه عند ابي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته
ويكون رهنا عنده وعند ابي يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته ويضمن خمسة اسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا
عن طريان الشيوع فان الطاري منه كالمقارن كما تقدم وعن محمد ان النقص بالانكسار ان كان درهما او درهمين يجبر الراهن
على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان اكثر من ذلك تخير الراهن بين ان يجعل الرهن للراهن بدينه وبين ان يسترده بقضاء
جميع الدين وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والزيادة فان كان الرهن باعتبار
الوزن كله مضمونا لما اذا كان وزن الرهن اكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وينقسم
الجودة على الضمان والامانة لحصة المضمون مضمونة وغيرها امانة وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا
استحال ان يكون التابع امانة وفي مسلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان الفرض ان وزن الرهن كوزن الدين فيكون كله مضمونا
من حيث القيمة لئلا يكون حكم التبع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك ان حالة الهلاك استيفا فيقع
الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضى الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب
لكن بخلاف جنسه ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الضمان والامانة تسري في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها
بدليل اعتبارها عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بتسعة لم يسلم للمشتري
ويعتبر خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بجنسها ثابت بالنص لا لكونها هدرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة
كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها ويصير خمسة اسداس الابريق مضمونا بالجودة وصنعته ويكون سدسه امانة فالتغيير بالانكسار
فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفا عنده ايضا فيضمن قيمة خمسة اسداسه من
خلاف جنسه ووجه قول محمد رحمه الله ان الوزن مضمون والجودة امانة للمناسبة لان الجودة تابعة للوزن لا ينفصل عنه وصفه
الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل في مقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين
وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا
دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين وتخير الراهن كما ذكرنا ولم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة
و الرهن المضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينتقص منه شيء والدرهم والدرهمان ليس بحد فاصل في ذلك فيجبره
وانما الفاصل نقصان مقدار الصياغة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار ان الزيادة في المسئلة مفروضة بذلك
قال ــــ ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيا بعينه كلامه واضح وقوله ولم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة
يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات
معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما ياتي بشيء يساوي عشر حبة او يعطي كفيلا غير ملي وليس في ذلك من التوثق شيء فيبقى
الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد وقوله ولو اشترى شيئا بدراهم فقال للبايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن
قيل يريد به ثوبا غير المشترى والصواب انه وغيره سواء ولو قال امسكه بثمنك او قال امسكه رهنا حتى اعطيك ثمنك يكون رهنا
بلا خلاف وقوله علم ان مراده الرهن لان حكم الرهن هو الحبس الدايم الى وقت الفكاك فاذا صرح بذلك علم ان مراده الرهن والله اعلم
فصل ــــ وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تاخر التعدد عن الافراد قوله وصار كالمبيع في يد البايع في ان المشتري
اذا ادى حصة احدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من اخذه حتى يؤدي باقي الثمن كما سمي لكل واحد من اعيان الرهن شيئا كما لو رهن
عبدين

عبدين بالف كل عبد بخمس مائة ثم قضاه خمس مائة فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبض اذا ادى ما سمي وجه كلا
واحد منهما ما ذكر في الكتاب وقوله الا ترى توضيح لذلك فانه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتدا اوجب ان يتمكن الراهن من تفريق
القبض في الانتها وحاصله ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا
تتفرق بتفرق التسمية بدليل انه لو باع عبدين بالف كل واحد منهما بخمس مائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز كما في حالة
الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه
ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما
انه بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان
يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين
فربما كان احد العبدين اكثر قيمة مثل ان يساوي احدهما الفا والاخر الفين ورهنهما بثلثة الاف احدهما بالف والاخر بالفين ولم يبين هذا
من ذلك واراد الراهن فكاك الذي قيمته الفان بادا الف ويقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن يقول بل هذا رهنته بالفين فكان
ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا امكن من فكاك كذ
البعض بقضاء بعض الدين قال ــــ فان رهن عينا واحدة عند رجلين صورة المسئلة ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين
وغيره ولا لكون الدينين من جنس واحد او من جنسين مختلفين بان يكون دين احدهما دراهم ودين الاخر دنانير لان الكل في
ذلك سواء وقوله لان الرهن اضيف الى جميع العين صفقة واحدة ولا شيوع فيه قيل هو منقوض بما اذا باع رجلين او
وهب من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع
حتى كان الموهوب والمبيع بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين يوجب الشيوع
فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان تكون مملوكة لشخصين على الكمال فيجعل شايعة
ينقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز ان تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال
فيمتنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع منه وهذا هو الجواب لابي حنيفة في جعل ذلك
شايعا فيما نفى عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر يشير الى ان ارتهان
كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن وقوله لان جميع العين رهن في يد احدهما من غير تفرق اعترض عليه بان المرتهن
الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفا الحقيقي بالاستيفا فينبغي ان يكون الرهن في يد الاخر
من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي ان لا يسترد الراهن ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده
واجيب بان ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن
فكانه فيه وفي ما في يدهما فتبين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا قال ــــ وان رهن رجلان بدين عليهما
رجلين رهنا هذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان عبد في يد رجل ادعاه رجل انه عنده بدين له عليه
وقبضه واقام على ذلك بينة وادعاه على الاخر كذلك وهو احد الوجوه فيها وجملتها ان العبد اما ان يكون في ايديهما او لا في يد
واحد او في يد ثالث فان كان في يد احدهما فهو اولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشرى وقد تقدم الا ان
يقيم الاخر بينة انه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب اولا وكلامه
فيه واضح وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب كما ذكر فيها من القياس
والاستحسان قال محمد في الاصل وبه اي بالقياس ناخذ ووجه ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين ان كل واحد
منهما ثمة يثبت في جميع الرهن حتى اذا اقضى دين احدهما فهو رهن كله عند الاخر حتى يقضي دينه لوجود الرضى من كل واحد
منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد اشار المصنف الى هذا في الوجه الاول بقوله لانا
نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الخ وباقي كلامه واضح

باب الرهن يوضع على يد عدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقفو حكم الاصل
والمراد بالعدل هنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه
لكن المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاشي قال ــــ واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل
كلامه واضح وقوله ذكر قوله في بعض النسخ اشارة الى ان في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوطين وشرح الاقطع ابن ابي ليلى
بدل مالك وكانه شك في هذه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في اول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنه
كان عنه روايتان وقوله ولا يرجع العدل عليه اي على الراهن عند الاستحقاق فانه يرجع على المودع لا لانه يد مودعه
قوله ولنا ظاهر وقوله لانه نايب عنه في حفظ العين كالمودع يشير الى دفع ما عسى ان يقال كما انه نايب عن الراهن فكذا نايب عن المرتهن
في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل نفسي المستحق ضمان الغصب والغصب انما
يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سواء . ساقط لان الخصم ليس بقائل به فان قيل انتفى شرط ولم يوجد

من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لان ذلك اما ان يكون من حيث انه امره بذلك و ذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا الامر حقا له حتى كان للراهن ان يمنعه منه و اما ان يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على يد العدل وكلاهما تاثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فلذا لو اتفقا على قبض العدل فانه لا يجوز لانه قابض من حيث امره العدل بالقبض وهو مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن ينفرد به لكونه غير لازم والقبض حقه ما لم العقد باقيا وقوله لا يقدر اي العدل على تحويل القيمة اي العدل لا يقدر ان يفعل ذلك لما ذكره في قوله ولو تعذر اجتماعهما قال في النهاية يرفع العدل احدهما الى القاضي وفي بعض الشروح يرفع الامر الى القاضي احدهما اما الراهن او المرتهن وهو اظهر ولو فعل ذلك اي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين و الحال ان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سلمة له اي للعدل لان كل ذي حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو اخذها اي القيمة احدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبدله من حيث المالية في يد المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده اخذه اذا ادى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية او الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان قال خذه هذا رهنك بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن او هلك عنده لانه دفعه اليه على وجه الضمان فا... وان اوكل الراهن المرتهن كلامه واضح وقوله فليس للراهن ان يعزل الوكيل يعني بدون رضا المرتهن وقوله الا يرى انه اي ان عقد الوكالة لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله اي عقد الرهن وقوله لانه اي عقد الوكالة لازم باصله فكذا بوصفه وهو الاطلاق لما ذكرنا انه صار وصفا من حقوقه وقوله لان العقد اي لان عقد الرهن لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس و الاستيفاء والوكالة واوصافه التي هي اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا في النهاية وقوله وان مات الوكيل انتقضت الوكالة يعني والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان في يد المرتهن ثم مات لم يبطل العقد به فلان لا يبطل بموت العدل اولى وقوله والوارث يجري فيما له اي لا في ما عليه الا ترى ان الميت لو كان عليه دين لم يجب على ورثة الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره ورثوه وقوله اجبر عليه يعني يحبس اي ما حتى يبيعه فان لج بعد ما حبسه اياما ماذكر في الزيادات ان القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر و اما على قول ابي حنيفة فقد اختلف المشايخ قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المديون وقال اخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله لما ذكرنا من الوجهين جميعا احدهما انه وصف من اوصافه والاخر انه فيه اتواء حقه وقوله قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول ذكر في المبسوط انه ظاهر الرواية وقوله ان الجواب في الفصلين اي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك واحد اي يجبر فيهما ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير حيث قال اذا ابى الوكيل يجبر من غير فصل بين ان يكون مشروطا في العقد اولم يكن ولذلك ذكر في الاصل مطلقا وقوله فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا واذا التوى كان مال المرتهن ينقض مال على ما صحح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن قوله واذا غرم العاقل قيمته يعني يكون القيمة رهنا مقتول العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه اي هذا الضمان من حيث المالية وان كان مقابلا بالدم حتى لا يزاد على دية الحر فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله وليس له ان يضمن غيره اي ليس للعدل ان يضمن المرتهن غير الثمن الذي اعطاه وكلامه مكشوف بكشفه والضاحه ... سوى الفاظ وعبارات توضيحها زيادة ايضاح وقوله فصح الاقتضاء اي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وقوله وان ضمن البائع اي العدل وقوله فلا يرجع المرتهن عليه اي على الراهن بشيء وقوله فاذا تبين انه ملكه اي ملك العدل وقوله لم يكن راضيا به اي بدفع الثمن الى المرتهن وقوله فكله اي فللعدل وقوله بطل الاقتضاء اي بطل قبض المرتهن وقوله وان اداه اي ان ادى المشتري الثمن الى العدل السلم للمشتري المبيع ولم يسلم قوله رجع على الراهن بالقيمة اي بالثمن وقوله لان المقبوض سلم له اي لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله وان شاء على المرتهن اي وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي اداه اليه وقوله فيرجع به اي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على الراهن وقوله لا يرجع به على المقتضي اي على المرتهن وقوله فيكون البيع لحقه فاذا اوقع البيع لحقه وسلم له جاز ان يلزمه الضمان وهذا ابو يد قول من كان يري جبر هذا الوكيل على البيع اي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن وقوله متعد في حقه بالتسليم او القبض يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله فلانه انتقض اقتضاؤه اي قبضه لان الرهن لم يكن ملكا للراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا وقوله طعن ابي خازم يعني هذا السؤال طعن به ابو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن وابو خازم هو ابو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله والغرور بالتسليم كما ذكرنا يعني بقوله لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم وقوله او بالانتقال من المرتهن اليه اي الى الراهن كانه وكيل منه اي كان المرتهن وكيلا من الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل والملك بكلا ذلكما اي بكل واحد من التسليم والانتقال

متناف عن عقد الرهن اما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتبين انه رهن غير ملكه و اما بالانتقال فلان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون وكلن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فيملك الراهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الراهن متاخرا عن الرهن فكان رهن غير ملكه ولا يشكل اذا استحق راس مال المضاربة وضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متاخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم ان الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وذلك متاخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم في ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كانه انشأ العقد بعد الرجوع فنفذت بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله بخلاف الوجه الاول يعني اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه ويتبين انه رهن ملك نفسه وقوله وقوله وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي قيل مراده مسئلة المضاربة والفرق بينها وبين مسئلة الرهن وقيل يحتمل ان يكون ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره انما يكون بعد كونه رهنا فكان متاخرا طبعا فاخره وضعا قال واذا باع الراهن الرهن اذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم ياذن اولم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضي ينقضه اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اجازه وسلمه وذلك لان من تصرف في ماله تعلق به حق الغير جاز موقوفا كمن اوصى بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان اجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضيا وكذا لو قضاه الراهن دينه فان اجاز ينتقل حقه الى بدله لما ذكر في الكتاب وقوله هو الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف انه ان شرط عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخه ففي الانفساخ روايتان كما ذكر في الكتاب وقوله وولاية الفسخ اي القاضي لا اليه اي الى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضي وقوله لما ذكرنا الفوات القدرة على التسليم وقوله ولو باع الراهن يعني ولو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالبيع الثاني موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع من التوقف فلو اجاز المرتهن الثاني جاز الثاني ولو اجاز الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتهن يتعلق بالثمن الا ترى انه قد يرهن ليباع فاجاز المرتهن وسلم اليه نفذ وياخذ الثمن ويكون رهنا عنده وانما ذكر السؤال الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود التي فيه المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول وهو البيع ولم يصح وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقا ويصح الاول وهو الفرق ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك ان من تعلق حقه بشيء وتبدل باجازته الى غيره فان كان البدل مما تعلق به حقه تعلق به حقه وان كان عن غيره ولم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا واجازه المرتهن كان الثمن رهنا مكانه اذ اعطى من العقد الثاني لتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه واذا اجر بعد البيع او رهن وسلم او وهب وسلم واجاز هذه العقود جاز البيع الاول وسماه اولا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها ان كان فيه بدل فان كان ليس مما تعلق به حقه كما في الاجارة فان فيها بدلا عن المنفعة وحقه في مالية العين دون المنفعة واذا لم يكن له فيها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما قال فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه اذا اعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان او معسرا ولكن في رحمه الله اقوال لاسيما في النفوذ وعدمه و الفصل بين الموسر والمعسر قال في الموسر ينفذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل اولى لانه اسرع نفوذا من البيع حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه وكل من فعل ذلك صح كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او الابق او المغصوب فانه يشترك المرهون في يد المرتهن في زوال يد المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم ان باع فكان المقتضي متحققا والمانع منتفيا فثبت الحكم اما تحقق المقتضي فلانه تصرف صدر عن اهله ولا نزاع فيه مضاف الى محله لانه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن واما انتفاء المانع فلان عارض الرهن لا ينهض مزيلا له لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا او حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد ازاله بالاعتاق صح ويزول ملك المرتهن في اليد تبعا عليه كما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى وهو حقيقة الملك الشريك عن صحة العقد فلان لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن اولى فان قيل ليس المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا امتنع النفاذ في البيع والهبة لانعدام قدرة العاقد على التسليم المشروط لصحة العقدين وليس ذلك موجودا في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله واعتاق الوارث جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع وادعى ان اعتاقه لغو وصورته مريض اوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات واعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب ان يكون في الرهن ووجهه ان ذلك لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله واما عندهما فلا اشكال

اجازه

القيمة

لانه يعتق في الحال فلا اشكال وقوله فاذا انفذ الاعتاق راجع الى اول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقتضي وانتفاء المانع نفذ العتق
واذا انفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله واما بعده ظاهر وقوله الا اذا كان بخلاف جنسه يعني الا اذا كان الحاصل من السعاية
بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضي به دينه بل يبيد له بجنس حقه ويقضي به دينه وقوله لانه لما تعذر الوصول جواب دليل جواب السعاية
على العبد وقوله نذكره يعني في هذا اي مسئلة استيفاء الامة المرهونة وقوله وعندهما لتكميله يعني وان عتق عندهما لكن في عتقه
نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا اداها كمل العتق وقوله الا رواية عن ابي يوسف فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد
المرتهن وقوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا يعني ان الراهن اذا اهلكه في يده كان مالكا من حيث المالية وباقي كلامه ظاهر قال
ولو دبره الراهن صح تدبيره الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته لم
يمنع فحقه اولى واما عنده اي عند الشافعي فلانه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله واذا صحا يعني التدبير والاستيلاد
خرجا من الرهن وام الولد يعني عندنا واما عنده فلان المدبر لا يخرج منه لعتقه حكم الرهن كما عرفنا وكلامه واضح وقوله وكذلك
لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما والواجب على هذا المستهلك يعني والاجنبي وقيده بذلك
احترازا عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجيء وقوله كما لو هلكت بافة سماوية يعني تكون الزيادة
مضمونة على المرتهن وقوله والمعتبر في ضمان الرهن تعليل ذلك قيل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئا
واجيب بان العين قد تغيرت فكانت مضمونة لو كانت باقية ترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك فاتت تلك الصلاحية وقد ثبتت في ابتداء
القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من الدين عند القتل بخلاف ما اذا لم تتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي تم
قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين وقوله فان نقصت العين بتراجع السعر اشارة الى هذا السؤال ولهذا انه
وقوله واذا اعار المرتهن الرهن للراهن فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها غيره ولكن لما
عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير اطلق الاعارة وقوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن لان قبض الرهن
يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجبه وفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان الضمان
انما يجب اذا كان يد الراهن بعد الاعارة يد المرتهن ويده اذ ذاك يد عارية وفي ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد الراهن
يد رهن للزوم عقد الرهن وازلنا الضمان لفوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد وجواز انفكاك الرهن عن كونه
مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح وفي غاية التحقيق شكر الله سعيه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لمنافاة بين يد العارية
ويد الرهن وقوله وهذا اي ما ذكرناه من اعارة احدهما باذن الاخر اجنبيا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي وجملة هذه
التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية لو وجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن
او المرتهن اذا اهلكه حالة الاستعمال او اجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن واما
الاجارة فالمستاجر ان كان هو الراهن فهي باطلة والا كانت بمنزلة ما لو اعار منه او اودعه فله ان يسترده وان كان هو المرتهن
وجدد القبض للاجارة او اجنبيا بمباشرة احدهما العقد باذن الاخر واما من الراهن فلا يتصور وقوله لما بيناه يعني في صورة العارية
ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن قال ومن استعار من غيره ثوبا ومن استعار ثوبا ليرهنه
فالمعير اما ان يطلق في ذلك او يقيده بشيء فان كان الاول فله رهنه المستعير به من قليل او كثير كما جاز اعلاما بالاطلاق وكان ذلك
تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين واليد جميعا بان استعاذ فان ان يقضي دينا عليه بماله فان قيل اعتبار غير صحيح
لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب ان الانفصال غير مانع لعدم استلزام احدهما الاخر فانه يجوز ان ينفصل
ملك اليد عن ملك العين ثبوتا كالصبي فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا كما لو شرط الخيار فانه يزول اليد دون ملك
العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين وقوله لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة يعني المنازعة المانعة من التسليم
والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصار كما اذا اعاره بالاطلاق وان كان الثاني سواء كان التقييد بالقدر او الجنس او المرتهن او البلد ضمن
القيمة لصيرورته غاصبا بالتصرف بغير اذنه فان كان التقييد بالقدر فنفى الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر
اداؤه ان احتاج الى الفكاك وهو اقل المالين فان زاد زيادة ضرر ونفى النقصان لان غرضه ان يستوفي اكثر المالين ان هلك
الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقل وكلامه ظاهر وقوله ووجب مثله
اي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب ان كانت اكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك
امانة في ما نحن فيه وهو ملاك او افق المستعير المعير فيما شرطه وقوله على ما بيناه يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذلك قوله لما بيناه
اشارة اليه وقوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل بابه ولعله من الجبر ان يعطي خبرا لما فات عن
الراهن من القضاء نفسه وقوله ولهذا يرجع على الراهن قال في النهاية ليس بجري على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان
ما اداه بقدر القيمة لما كان اكثر منها يعني ان كان قيمة الرهن الف درهم بالعين فافتكه المعير بالعين ليس له ان يرجع بما زاد على قيمته
لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك وليس بوارد للمصنف لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله على
ما بيناه اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وقوله ولو اختلفا في ذلك اي في كون الهلاك حال الرهن او غيره فقال المعير هلك حال الرهن

وقال

وقال المستعير هلك قبل الرهن او بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكرنا والبينة للمعير لانه يدعي عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن
الهلاك بعد الافتكاك فقد اقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما يسقطه وهو الفكاك فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى
رد المغصوب اجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يوجد ذلك وقوله ولو اختلفا هكذا في نسخة وقع الى
الشيخ وقد وقع في النسخ كما لو اختلف قال في النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالواو لان لفظ كما لو اختلف الرهن
اذ في الاول القول للراهن وهو للمستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله اي انكار اصله يريد عقد العارية وقوله لان
استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله ولو استعار
عبدا او دابة ليرهنه واضح وقوله في اوله اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر يعني بتسليم الرهن الى المرتهن [illegible] فجعل المستعير
الرهن يعني المودع ليكون التسليم الى المرتهن بمنزلة رده الى صاحبه فيبرا من الضمان وهو صحيح فيما اذا كان الاستعمال قبل الرهن
اما بعده فكذلك فليس ثمة يحصل مقصود الامر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير في غير الرهن وقد اجيب بان ثمة الرد الى المعير
المستعير نفسه قد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرا بالعود الى الوفاق فالعود الى الوفاق
قبل الرهن كانه رد الى صاحبه حكما وبعده الى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المصنف هو مختار شمس الائمة السرخسي واما اختيار
شمس الاسلام فهو ان المستعير يبرا عن الضمان بالعود الى الوفاق دل عليه هذه المسئلة قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة
معناه واضح وعني باللازم ما لا يقدر على اسقاطه بارادته وبالمحترم ما ان يكون غيره ممنوعا عن ابطاله وقوله والمراد بالجناية على النفس
ما يوجب المال يعني ان يكون الجناية في النفس او ما دونها خطا اما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله اما الوفاقية يعني اما الوجه
التي اتفقوا على حكمها وهي ان جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال بدليل انه اذا مات وجب
الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فاذا جنى عليه لو وجب عليه لكان هو الواجب
له عليه وذلك باطل ونوقض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها توجب الضمان واجاب المصنف بان الكفن بخلاف
الجناية الموجبة القصاص فان المستحق بها ذمته والمولى اجنبي عنه بدليل صحة اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح
وبالموجبة للمال صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولنا في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه اذ المرتهن غير مالك للعين وهو حكمها
على غير المالك يوجب الضمان كما اذا حصلت على اجنبي اخر فان قيل مالية محتبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب الضمان اجاب بقوله
وفي الاعتبار فائدته وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر وان كان يسقط في الدين فان ابقاه رهنا وجعله بالدين لا يثبت له ملك
العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا
كما كان وقوله قد فعناه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه وتخليصه المراد كله فانه وان كان قابلا ذكره بلفظ
الدافع لوقوعه في صحته او التغليب سماه دافعا وبناه وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لانها حصلت في
ضمانه لكونه مخاطبا بالدفع او الفداء كان الراهن فكان حكم الدفع او الفداء وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة
في ذلك وقوله وان كانت القيمة اكثر من الدين بان كانت العين الفين والدين الفا واتلف متاع المرتهن يقال للراهن اما ان
تفدي بنصف دينه او يباع عليك العبد فان امتنع عن الفداء بيع العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان
بقي شيء من الثمن اخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل عبد نصفه امانة ونصفه مضمون وبدل الامانة للراهن
وبدل المرهون للمرتهن وان فدى النصف زال الدين وبقي العبد رهنا بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في
الكتاب وهو واضح وقوله وهذا اي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدر بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن
او المرتهن لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي
الفا بالف نقصان القيمة بتراجع السعر الى مائة نقص الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص به وهو باق على
حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله حتى لا يزداد على دية الحر نتيجة قوله كان مقابلا
بالدم وقوله لان المولى استحقه دليل قوله لانه بدل المالية في حق المستحق وقوله او نقول دليل اخر اي لا يمكن ان يجعل المرتهن مستوفيا
الالف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسع مائة
في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسع مائة بالهلاك والباقي ظاهر واعلم ان صور المسائل ههنا ثلاث ان تراجع قيمة الرهن من
الالف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون
ودفعه به والاقوال للعلماء فيها ثلاثة اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو ان
الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار وقول محمد رحمه الله في الاولى كقولهما وفي الثالثة ان الراهن بالخيار بين ان يفتك الرهن بجميع
الدين كالاولى وبين ان يسلم المرتهن بماله كما اتانيه على ما نذكره وقول زفر ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو ان الراهن
يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسع مائة قياسا على الصورة الثانية فان حكمها ان التسع مائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق وهو
تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة في الكتاب وقوله لحما ودما يعني صورة ومعنى اما
صورة فظاهر واما معنى فلان القاتل كالمقتول في الادمية والشرع اعتبره جزاء من حيث الادمية دون المالية الا ترى الى انه

في حق المقبوض فكذا اي في حق الدفع ايضا وقوله لما ذكرنا اشاره الي قوله ولنا ان نقصان السعر عباره عن فتور رغبات الناس الخ وقوله
كالبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب يعني اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فان المشتري يتخير بين ان ياخذه بكل الثمن
وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين ان ياخذ المدفوع مكانه وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول
وقوله انه منسوخ يعني بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن ثلثا قوله ولو كان العبد يساوي الفا الي قوله فهو علي هذا الخلاف قيل في بعض
الشروح هذا تكرار لا محاله لان وضع المسله في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه هنا بالصورة الثالثة فيما اذا انتقص السعر لكنه
لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك سوطن يشير صاحب الهدايه الذي حاز في قضايا السبق في مضمار التحقيق
واما الصورة الثالثة فيما اذا انتقص السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه كما ذكرنا وهذه المسله في صورة التراجع
ولا تكرار ثمه واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطا فضمان الجنايه علي المرتهن يعني اذا كانت القيمة والدين سوا اما اذا كانت القيمة
اكثر فسياتي وانما كانت الجنايه عليه لان العبد في ضمانه وقوله لان العبد كالحاصل له بعوض كان علي المرتهن وقد اداه الراهن
وجب له علي المرتهن مثل ما ادي الي ولي الجنايه ولم تجب علي الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم المرتهن الي الراهن ولا يكون كمتبرع
في اداء الفدا لانه يسعي في تخليص ملكه كمعير الرهن وقوله وحق ولي الجنايه بالجر معطوف علي دين المرتهن وعلي حق ولي الجنايه ايضا حتي لو
العبد المديون دفع الي ولي الجنايه ثم يباع للغرما علي ما ياتي في الديات وقوله لتقدمه علي حق المولي اي لتقدم حق الدين العبد علي
حق المولي واذا كان مقدما علي حق المولي كان مقدما علي حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجنايه فان المرتهن يقوم مقام
المولي في المالية وولي الجنايه في ملك العين وقوله لما بيناه اشاره الي قوله لانه لا يملك التمليك وقوله فان كان حاضرا ان اختار الراهن الفدا
والمرتهن الدفع او بالعكس فالمعتبر هو الفدا وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفدا ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكر
جانب المرتهن وقوله لان سقوط الدين امر لازم فدي او دفع يعني ان الراهن اذا خوطب فلا بد له من احدهما وايهما كان سقط الدين فلم
يجعل الراهن في الفدا بقدر الدين متطوعا وقوله ولو كان غايبا ذكر في الاسرار ان المراد به الغيبة المنقطعة وقوله وهذا قول
ابي حنيفة وما بعده يعني الموعود بقوله وسنبين القولين وما بعده واضح فصل هذا الفصل كالمسايل المتفرقة التي تذكر
في اواخر الكتب ومن رهن عصيرا قيمته عشره بعشره ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشره وان نقص سقط من الدين بقدره
ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفايت مجرد الوصف ونحوه انه من الكيل والموزون لا يسقط شي من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين
ان يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين ان يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد بين ان يفتكه ناقصا
وبين ان يجعله بالدين كما في الحلي اذا انكسر فقوله اي وهي عشره وقع اتفاقا وقوله لان ما يكون محلا للبيع يعني ان الرهن كالبيع في
الاحتياج الي المحل فيعتبر محله بمحله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتدا او يصلح بقا حتي ان من اشتري عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل
عقده فكذا في الرهن ولقايل ان يقول ما يرجع الي المحل لا يفترق فيه الابتدا والبقا فيه سواء بل هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب
عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وهنا تبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل واعلم ان العصير المرهون
اذا تخمر فان كانا كافرين فالرهن باق له تخلل او لم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق المصنف حيث قال ثم صار
خلا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن ان يخلله او لا فيه تفصيل ان كانا مسلمين او كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية
وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها ممكنه بالتخليل فصار كتخليص الرهن من الجنايه وللمرتهن ذلك واذا جاز
ذلك في المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبه اليهم فلان يجوز في الكافرين وهي محل بالنسبه اليهم اولي واما اذا كان الراهن كافرا فليس له ان ياخذ
الرهن والدين علي حاله لان صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار
غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذمي فخللها والخل له وتقع المقاصة ان كان دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها
يوم التخليل من دينه وهو قوله ولو رهن بدرهم يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين
فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الي قيمة الشاة حيه ومسلوخه فان كانت قيمتها حيه عشره وقيمتها مسلوخه
تسعه كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمتها مسلوخه ثمانيه كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين
فان كانت اكثر او اقل فهي مذكورة في النهايه قال ونما الرهن للراهن الاصل ان الاوصاف القاره في الامهات تسري الي
الاولاد اذا كانت صالحة لاحكامها والرهن منها لكونه حقا لازما اذ اللازم هو القار والعارض هو ما يكون ثابتا في محله الامر ولا
يتعدي علته بابطال حكم لكونه حرا ورقيقا ومكاتبا ومدبرا وام ولد فانها تسري الي الاولاد
والزكاه بعد حولان الحول كذلك فانهما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات ولهذا يرد ولد الجانية فان من
عليه ينفرد بالابطال باختيار الفدا وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتها لاحكام الاوصاف ليلا يرد ولد المغصوب والمستاجره
والمنكوحه والموصي بخدمتها لان الاولاد حين الولاده لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف اما في غير الغصب فظاهر واما في الغصب
فلان الضمان به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد واذا ظهر هذا اعلم ان نما الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد
للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له فمن الاصل وصفا كان تابعا له لا زمان الملك وكونه رهنا فيسري
الي الولد فان هلك الولد هلك بغير شي لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل اذ لم يكن معقودة لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا
اذ

اذ اللفظ لم يتناولها وان هلك الاصل وبقي النما افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لانه مضمون
بالقبض كما تقدم وقيمة النما يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به لانه لو هلك قبله هلك مجانا والتبع لا يقابله شي اذا لم يكن
مقصودا كولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض والزياده هنا صارت مقصوده بالفكاك
فحصه شي من الدين فما اصاب الاصل يسقط من الدين بقدره لانه يقابله بالاصل مقصودا وما اصاب النما افتكه الراهن
قوله وصور المسايل على هذا الاصل يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض والفكاك تخرج وفي ذلك كثره ونطويها
فاعرض عنها وتابعناه في ذلك وقوله فيصح تعليقها بالشرط يريد بالشرط قوله ما حلبت فان كلمة ما تضمنت معني الشرط ولهذا
دخل الفا في خبرها وقوله لانه اتلفه باذن المالك فيه اشاره الي انه لو اتلف بغير اذنه ضمن وكان القيمة رهنا مع الاصل وكذلك
لو فعل الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن قال وتجوز الزياده في الرهن الزياده في الرهن مثل ان يرهن
ثوبا بعشره يساوي عشره ثم يزيد الراهن ثوبا اخر ليكون مع الاول ثوبا بالعشره جاز عند علمائنا رحمهم الله والزياده في
الدين لا تجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز الزياده
فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحه وهو ان يزوج الرجل امته بالف ثم زوج امة
اخري بذلك الالف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الالف عليهما ذكر في الاسرار وطريقة البرغري وغيرها ذلك
ان ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضرير انه قال لا يجوز ان يكون مرادهم بقولهم لا يجوز الزياده في المنكوحه ان يقول للمولي
زدتك امة اخري بذلك المهر اما لو قال زوجتك هذه الامة الاخري بذلك المهر لزم ان يصح وقوله الا تري انه لو رهن
عبدا بخمس مايه يعني من الدين الذي هو الف فيكون بنصف الدين كان جايزا او لو رهن ثوبا بعشره ثم نصفه لعشره لم يصح
وقوله والالتحاق باصل العقد افادة للجامع الذي ذكره ابو يوسف وهو واضح وحاصله ان الالحاق باصل العقد انما يكون
اذا كانت الزياده في المعقود عليه او المعقود به والزياده في الدين ليست في شي من ذلك اما انه غير معقود عليه فظاهر واما
انه ليس بمعقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فانه معقود عليه فانه لو لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن
ولا يبقي بعده وقوله وتسمي هذه زياده قصديه يعني بخلاف نما الرهن فانه ليس زياده قصديه بل ضمنيه وهذا الواحق
حكما وقوله واذا ولدت المرهونه ولدا يعني اذا رهن جاريه بالف تساوي الفا فولدت ولدا يساوي الفا فقال الراهن
زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو ايضا يساوي الفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الي قيمة
الولد يوم الفكاك والي قيمة الام يوم العقد فما اصاب الولد قسم علي قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل في
ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزياده بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كان لم يكن فيبطل الحكم في الزياده ولو قال
الراهن زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين علي قيمة الام يوم العقد وعلي قيمة الزياده يوم القبض فما اصاب الام قسم
عليها وعلي ولدها لان الزياده دخلت مع الام فصارت كانها كانت في اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت
الام بعد الزياده ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزياده بما كان فيهما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم
في الزياده ولو مات الولد بعد الزياده ذهب بغير شي وكان العقد في الام والولد معها قال فان رهن عبدا يساوي الفا
كلامه واضح وقوله علي ما بيناه من قبل يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله خلافا لزفر وهو ان يقول
ان الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قايم فكان ما بعد الرهن وقبله سوا ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفا لو
لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب ان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجوب كما في الدين الموعود ولم يبق الدين
بالابرا اي بسببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا اطلبه الراهن
ومنع المرتهن بعد الابرا فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب بقوله الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لا تبقي ولاية منعه
عن صورة الاستيفا ما ذكره علي وجه الفرق بقوله ان بالابرا يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفا لا يسقط لقيام الموجب و
العقد الذي لزم الدين به الا انه يتعذر الاستيفا لعدم الفايده لانه يعقب مطالبة مثله فيفضي الي الدور فقوله فكما
يعني بعد الاستيفا فاما الدين فهو قايم في نفسه وهو تكرير للتوكيد فان اهلكه يعني الرهن يتقرر الاستيفا الاول وهو الحكمي
فانتقض الاستيفا الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفا وقوله وكذا اذا اشتري معطوف علي قوله ولو استوفي وقوله لانه
اي لان كل واحد من الشري والصلح عين استيفا فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا او قيمته ان هلك في يده قبل الرد وقوله
لانه يعني البراة بطريق الادا اشاره الي الجواب الاول عما يقال ذمة المحيل تبرا بالحواله عما عليه فكان ينبغي ان يكون بمنزلة الابرا
فيهلك امانة ووجه ذلك ما اشار اليه ان الحواله وان كانت ابراء لكنها بطريق الادا دون الاسقاط لانه يزول به اي بعقد الحواله
الخ وقوله لانه يعني المحال بمنزلة الوكيل عن المحيل بقبض الدين وقوله وكذا لو تصادقا علي ان لا دين ثم هلك الرهن اختيار بعض
المشايخ اختاره المصنف رحمه الله ومنهم من قال اذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان باطلا كذلك فان
ظاهر انكي لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا كان قبله هلك امانة لانه بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقي بدون
الدين ووجه مختار المص ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق علي قيامه بعد التصادق علي عدمه لجواز ان يتذاكرا

وجوبه بعد التصادق على انتفائه فيكون الجناية باقية وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب وقوله بخلاف الابراء راجع الى قوله ولو استوفى
وذلك لانه ثم الى هنا تعويض على جواب الاستحسان في صورة الابراء والاولى ان يرجع الى قوله فيكون الجهة باقية

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما
عليها ومحاسن احكامها محاسن الحدود والجناية في اللغة اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه في الشرع
خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد يزول به الحياة والثاني يسمى قطعا وجرحا
وسببها سبب الحدود وشرطها كون المحل حيوانا قال القتل على خمسة اوجه القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان
ارث خمسة اوجه وذلك لانا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احدها ولا المذكورة وقال صاحب النهاية لا يخلوا
اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان كان بسلاح فلا يخلوا اما ان كان فيه قصد القتل اولا فان كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطا
وان لم يكن بسلاح فلا يخلوا اما ان كان معه قصد التاديب والضرب اولا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلوا اما ان كان
جاريا مجرى الخطا ام لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الانحصار يعرف ايضا تفسير كل واحد منها وصفته
وركاكته ظاهر انه وقوله وما اجري مجرى السلاح يعني في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب وبين قشرة وقد تقدم وقوله
وقد نطق به غير واحد من السنة منها ما قال عليه السلام في خطبة بعرفات الا ان دماءكم واموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم
هذا في مقامكم هذا ومنها قوله صلعم لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرئ مسلم وقوله والقود يعني القصاص معطوف على قوله
المأثم اي موجب القتل العمد الاثم في الاخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وهو بظاهره لم يفصل
بين العمد والخطا لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلعم العمد قود اي موجبه والحديث مشهور ولان الجناية بها اي بالعمدية تتكامل وقوله
لا شرع لها دون ذلك اي لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقريره حجة ان العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما تتكامل به الجناية
حكمة الزجر عليها اكمل وقوله العقوبة المتناهية حجة اخرى وتقريره القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية
وذلك ظاهر وقوله ثم هو يعني القود وقوله وهذا لانه عن مدفع للهلاك يعني لان القاتل في الامتناع من اداء الدية بعدما تحقق نفسه
قصاصا يسعه ويلقي نفسه في التهلكة فيجب عليه وينهي عنه شرعا ولنا ما تلونا من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ووجه التمسك به
ان الله تعالى ذكر في الخطا الدية فتعين ان يكون القصاص المذكور فيها هو ضد الخطا والعمد وما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا يلزم الزيادة
على النص بالراي ووجه التمسك بالسنة ان الالف واللام في قوله العمد قود للجنس اذ لا معهود ينصرف اليه ففيه تنصيص على ان حكم
جنس العمد ذلك فمن عدل منه الى غيره زاد على النص اشار ابن عباس رضي الله عنهما في قوله العمد قود لا مال فيه الى ذلك ووجه المعقول
ان المال لا يصلح موجبا في القتل العمد لعدم المماثلة لان الادمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فانى يتماثلان بخلاف القصاص فانه يصلح
موجبا للتماثل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الاحياء زجرا للغير عن وقوعه فيه وجبرا للورثة فيتعين فان قيل كيف صلح موجبا في الخطا والغاية
فيه مثل الغاية في العمد اجاب بقوله وفي الخطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار فانه لما لم يكن الا قصاص فيه عدر
الدم لو لم يجب المال والادمي مكرم لا يجوز اهدار دمه على ان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والكلام ليس في معناه حتى يلحق
وقوله ولا يتيقن بعدم قصد الولي كيد اخذ المال جواب عن قوله لانه تعين مدفعا للهلاك وذلك بجواز ان ياخذ الولي المال من القاتل
بدون رضاه ثم يقتله قيل هذا الوهم موجود في اخذ المال صلحا وقد جاز واجيب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعوض
بقوله صلعم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وبان الشرع اوجب القصاص لمعنى الانتقام
وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الحكمة تحصل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي وذلك يتمكنه من القصاص
واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص بمعنى النظر للولي
على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدر فانه شرع زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد فانهم كانوا ياخذون
اموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل واهله لو بذلوا اموالهم وامثاله ما رضوا به اولياء المقتول فكان ايجاب المال في
مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص واذا ثبت ان القتل الاصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل ان يعفو
احد الاولياء فانه يتعذر الاستيفاء او ان يكون محل القصاص ناقصا بان يكون يد قاطع اليد اقل اصبعا وامثال ذلك وقوله ولا كفارة
فيه عندنا اي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص او لم يجب كالاب اذا قتل ابنه عمدا او عندالشافعي تجب لان الحاجة الى التكفير
في العمد امس منها اليها في الخطا لان الذنب في العمد اعظم ولنا انه كبيرة محضة وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة
فيها ذلك وموضعه اصول الفقه وقوله ولان الكفارة جواب عن قياس الشافعي وهو واضح فان قيل هب ان القياس لا يصلح فليلحق
دلالة لانه مثله في المناط وهو الستر ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم اذا قتل الصيد عمدا فانه كقتله خطا فالجواب ان المماثلة ممنوعة
فان ذنب العمد مما لا يستر بها لعدم صلاحيتها لعينها كما مر فان قيل قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة
ابن الاسقع اتينا رسول الله صلعم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوا منه
من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمنا
لكنه

لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء تقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء فلو وجبت
الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رحمه الله اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال ابو حنيفة
رحمه الله شبه العمد هو ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرة ومدقة
القصار او لم يكن كالعصا الصغيرة وقالا هو ان يتعمد الضرب بالا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة اذا لم يوال في الضربات
واما اذا والى فقتل شبه عمد عندهما وقتل عمد محض قال الكرخي هذا النوع شبه العمد لا فتقاره معنى العمد فيه والا لكان عمدا ام قتلكم
انما يتصور في استعمال الالة لا يقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعماله غير القتل كالتاديب ونحوه لا في استعمال الة لا يلبث
فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلعم الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل رواه
النعمان بن بشير رضي الله عنه ووجه الاستدلال انه عليه السلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه عمد فتخصيصه بالصغيرة
ابطال للاطلاق وهو لا يجوز ولان العصا الكبيرة والصغيرة تساويا في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له اذ لا يمكن الاستعمال
غرة من المقصر قتله وبالاستعمال على غرة يحصل القتل غالبا واذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة وقوله وموجب
ذلك اي موجب شبه العمد على القولين يعني قول ابي حنيفة وقولهما الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب على ما مر تفسيره والكفارة
لشبهه بالخطا والدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة احترز بقوله لا بمعنى
يحدث من بعد عما يصالح فيه على الدية وعن قتل الوالد ولده عمدا وعن اقرار القاتل بالقتل خطا وقد كان قتله عمدا فان في هذه الصورة
يجب الدية على القاتل في ماله وقوله لقضية عمر يعني ما روي عنه رضي الله عنه انه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين والمروي عنه كالمروي
عن رسول الله صلعم لانه مما لا يعرف بالراي وقوله والحجة عليه ما اسلفناه قيل اراد به قوله صلعم الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا
الحديث ولكن المعهود من المصنف في مثله ان يقول ما رويناه والحق ان يقال انما قال اسلفناه نظرا الى الحديث والمعنى المعقول قال
والخطا على نوعين اي انحصر الخطا في نوعين لان الرمي الى الشيء مثلا مشتمل على فعل القتل وهو القصد والجارحة وهو الرمي فان
اتصل الخطا بالاول فهو الاول وان اتصل بالثاني فهو الثاني وقوله بينا اشارة الى قوله وجب في ثلاث سنين بقضية عمر رضي الله عنه
ولا اثم فيه في الوجهين اي النوعين لقوله صلعم رفع عن امتي الخطا الحديث وقوله ويحرم عن الميراث لان فيه اثما بدليل وجوب الكفارة
والحرمان من انواع القتل فيما هو جنايته قيل على المورث تضمنت تهمة الاستعجال الى الميراث وهذا كذلك لاحتمال انه قصده الا انه اظهر
الخطا من نفسه وقد ذكرنا ذلك في شرح الرسالة ومختصر الصوفي الغزالي بعض مستوفى بتايبد الله وقوله بخلاف ما اذا تعمد متصل بقوله وتوجب
ذلك تعمد ان يضرب يد رجل فاخطا فاصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو اراد يد رجل فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطا والدية
الخطا مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لان النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطا الا انه كالخطا في الاحكام لان المقتول مات بثقله فكانه
مات بفعله وقوله لان الشرع انزله قاتلا يعني في حق الضمان فكذا في الكفارة والحرمان وقال ان الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم
منه حقيقة لعدم اتصال فعله به وانما الحق به في حق الضمان على خلاف القياس صيانة عن الدماء للهدر فيبقى في حق غيره على الاصل
فان قيل الحفر في غير ملكه يأثم وما فيه اثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكر في الخطا اجاب بقوله وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه
جنى الاثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فان الاثم اثم الحفر لا الموت وقوله وما يكون شبه عمد في النفس فهو
عمد فيما سواها يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطا لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الالة فان اتلاف النفس لا يقصد
الا بالسلاح وما جرى مجراه واما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الا ترى ان فقء العين يقصد بالسكين ويقصد بالسوط
والعصا الصغيرة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو
قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة قال العقاص واجب بكل محقون الدم على
التابيد هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقن الدم منعه ان يسفك وقوله على التابيد احتراز عن المستامن فان في دمه شبهة الاباحة
بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة المساوي فيها القصاص وكان يد من صفة العمدية لما بينا من قوله صلعم العمد قود ومن ان الجناية تتكامل
بها وفيه بحث من اوجه الاول ان العفو مندوب اليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب الثاني ان حقن الدم على التابيد غير متصور
لان نهي ما يتصور منه ان يكون للمسلم في دار الاسلام وهو بزول بالارتداد والعياذ بالله الثالث انها منقوضة بمسلم قتل ابنه
المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص الرابع ان قيد التابيد لثبوت المساواة واذا قتل المستامن مسلما وجب القصاص ولا مساواة
والجواب عن الاول ان المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني ان المراد بالحقن
على التابيد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض لا معتبر به ورجوع الحربي اصلا لا عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه
انقلب مالا لشبهة الابوة وعن الرابع ان التفاوت الى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به
مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله وكتبنا عليهم فيها ان النفس
بالنفس وقوله صلعم العمد قود وذكر قول الشافعي ووجهه وهو واضح وقوله وهي اي العصمة بالدين عنده او بالدار يعني عندنا
والحر والعبد يستويان فيها فيجري القصاص بينهما فان قال قائل جاز ان يكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق اثر الكفر
وحقيقة الكفر يمنعه كما بين المسلم والمستامن فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح

لما يجري القصاص بين العبدين كما لا يجري بين المستامنين وليس كذلك وقوله والنفس تخصيص بالذكر جواب عما استدل من المقابلة في الاية ووجهه
ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي الذكر بالانثى ولا العكس بالاجماع وفائدة
التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك ان ابن عباس رضي الله عنهما روي ان قبيلتين من العرب تزعم
احديهما فضلا على الاخرى اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل
الله تعالى هذه الاية ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد اجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان
فانه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق ثابت في اجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها
يعتمد على العصمة فافترقا وقوله على ما مر قال والمسلم والذمي فيه سوا اختلف العلماء في ثبوت القصاص للمسلم
بالذمي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب ابو حنيفة واصحابه الى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي استدل الاولون بما
روى ابو جحيفة قال سالنا عليا رضي الله عنه هل عندكم من رسول الله سوى القران قال لا والذي خلق الحبة وبرا النسمة الا ان
يعطي فهما في كتابه وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص
يعتمد المساواة في وقت الجناية لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم اسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه
لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم ان رجلا من
المسلمين قتل رجلا من اهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله صلعم فقال انا احق من وفى بذمته ثم امر به فقتل وفي دلالة على المطلق
حملا لا يحارى وقد بان مداره على بن البيلماني وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ ابن البيلماني حديثه منكر روى عنه ربيعة ان النبي
صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وهو مرسل منكر وقال الدارقطني ابن البيلماني لا يقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا ارسل
والجواب ان الطعن بالارسال والطعن المبهم في رواية الحديث غير مقبول وقد عرف في الاصول ولان القصاص يعتمد المساواة في
العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده او الدار يعني عندنا فيثبت قوله والكفر مبيح قوله والمبيح كفر المحارب جواب
عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره انا لا نسلم ان مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله
الى قوله حتى يعطوا الجزية قوله والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة اي قتل الذمي بالذمي دليل على ان كفر الذمي لا يورث الشبهة
اذ لو اورث لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم قلنا فيكون قتله قتل المسلم المعصوم ما
كالمسلم فيجب القصاص والمراد بما روي جواب عما استدل به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الاثار
الذي حكاه ابو جحيفة عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بقوله وهو قوله ولا ذو عهد في عهده واليه
اشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في
نفسه وليس كذلك لان ذا … اي ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على
طريقة قوله تعالى امن الرسول بما انزل اليه من ربه والمومنون ثم الكافر الذي لا يقتل ذو عهده هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي
واذ لا بد من تقديره كذلك فيقدر في المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك اعم وذلك غير جائز ولا دلالة له على رد اصحابنا بوجه من الوجوه كما
لئلا لا يكون دليلا هذا اختلف بطلان قيل في كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من وجهين احدهما
المسلم دخل دارهم بامان فقتل كافرا منهم حراما لكن لا يقتص منه والثاني ان يقتل من لا يحل قتله من اهل الحرب كالنساء والصبيان
وهذه المسئلة من معارك الابطال لا يحتمل تحت تطويلها فليقتصر على ما ذكرنا قوله ولا يقتل المسلم بالمستامن لانه غير محقون الدم على
التابيد كما تقدم في اول الباب ولانه كونه باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع الى داره فكان كالحربي ولا يقتل الذمي بالمستامن
لما بينا انه ليس بمحقون الدم على التابيد وقيل هو اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود
منه في مثله لما روينا ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا اريد هناك بالحربي اعم من ان يكون مستامنا او محاربا وهو الحق وتعينا عن
السوال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمروي وانما هو تاويل ونحن نقول لما روينا
وقوله للعمومات يعني الايات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله ولان في اعتبار التفاوت الخ يشتمل جميع ما
خالفنا فيه الشافعي رحمه الله قال ولا يقتل الرجل بابنه لانه لا يقتل الاب بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد
الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لاحيايه وهو معلول بكونه سببا لاحيايه وهو وصف معدل ظهر اثره في جنس الحكم المعلل فانه
لا يجوز ان يقتل والده وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او وجده زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى
الجد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم اسباب لاحيايه فلا يجوز ان يكون سببا لافنايهم قوله والقصاص يستحقه
المقتول جواب عما يقال المورث يستحق افناه لا الولد ولا محذور فيه ولو قال الفني الحال ان يتسبب لفنايه لاستغنى عن هذا
السوال والجواب وقال مالك رحمه الله ان ذبحه يقاد به لانتفا شبهة الخطا من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف او سكين فانه
فيه توهم التاديب شفقة الابوة يمنع عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة قال المصنف وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله وطولب بالفرق
بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فانه يرجم اجيب بان الرجم حق الله على الخلوص بخلاف القصاص لانه لا يجب ان يحد اذا زنى
بجارية ابنه لان حق الملك بقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك صار شبهة في الدرء وقوله لما بينا اشاره الى قوله لانه سبب

لاحيايه

لاحيايه وقوله ولا ولده بالرفع معطوف على الضمير المستكن في ويستوجب وجاز ذلك بلا تاكيد منفصل لوقوع الفصل يعني ولا
يستوجب ولده على ابيه اذا قتل الاب عبد ولده قوله ومن ورث قصاصا على ابيه يعني مثل ان يقتل الرجل ام ابنه مثلا وقوله
ولا يستوفى القصاص الا بالسيف يعني اذا قتل وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى الا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله
يفعل به مثل ما فعل ان كان فعل بفعل مشروع مثل ان قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا حز رقبته
وان كان بغير مشروع كما ان سقاه الخمر حتى قتله او لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص المساواة وذلك فيما
ذكرنا لان فيه مساواة في الاصل والوصف اي الفعل والمقصود به ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف
وهو نص على نفي استيفا القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا فان قيل يحتمل ان يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف اجيب
بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤول اليه وهذا اختيار
صاحب الاسرار وفخر الاسلام قدره بلا قود يجب الا بالسيف واستدل به لابي حنيفة في نفي القصاص عن القتل بالمثقل
وقد قررناه في التقرير وقوله ولان فيما ذهب دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه
لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الجز بعد فعل مثل ما فعل به وانه غير
جائز لادائه الى استيفا القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم فانه كسر عظم ان لم يتيقن السن عمدا فانه لا يقتص منه واذا جاز
ترك القصاص كله عند ترك الزيادة فلان يجوز ترك البعض اولى قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى
واذا قتل المكاتب عمدا فلا يخلو اما ان ترك وفاء او لم يترك فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون له وارث غير المولى او لا فان
كان الثاني للمولى القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا ارى في هذا قصاصا واستدل بان حكم
في الكتاب وكانه جعله من حول الدرء بالشبهات ولهما ان حق الاستيفا المولى بيقين الى الفرد وهو في الحقيقة تنفي اعتبار مثل هذه
الشبهة لانحطاطها عن درجة الاعتبار لان السببين اذا افضيا الى شخص وحكمهما لم يختلف صار السبب واحدا حكما واما اذا افضيا
الى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى او اختلف حكمهما كما في مسئلة المستشهد بها فيمكن ان يكون معتبرة وان كان الاول فلا قصاص
وان اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما ذكر لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في موته على نعت الحرية او الرق فانه على
قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما يموت حرا اذا ادى كتابته فيكون الاستيفا لورثته وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه
يموت عبدا فيكون استيفا القصاص للمولى بخلاف الاول لان المولى متعين فيها وان كان الثاني وهو ما اذا مات ولم يترك وفاء
فهو اصح لما ذكر ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له وورثته ارقا لعدم الفايدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب وقوله
بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء يعني لا يجب القصاص لان ملك المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه وقوله
واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلابنه وهو ولي المقتول الاستيفا لانه من باب الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها اي الى النفس
وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح ولا يتوهم ان كل من ملك الانكاح ملك استيفا القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص
لانه شرع للتشفي والاب شفقته كاملة يعد ضرر نفسه فيحصل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ وله اي لولي المعتوه ان
يصالح لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لانه انظر في حق المعتوه وقوله لما ذكرناه اشاره الى قوله لانه من الولاية على النفس
وقوله لانه ليس له ولاية على نفسه اي نفس المعتوه وهذا اي الاستيفا من قبيله ونيك بل تحت هذا الاطلاق يريد قوله والوصي بمنزلة
الاب في جميع ذلك وقوله ان الوصي لا يملك الصلح يعني عن النفس واما عما دونها فيملكه وقوله وانه اي المال يجب بعقده اي بعقد
الوصي قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار اذا كان اولياء القتيل صغارا وكبارا فاما ان يكون فيهم الاب اولا فان كان
فلهم الاستيفا عند علمائنا بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظ
على ما ذكروا ووجه ابي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه في الغايب
موهوم حال الاستيفا فيفضي مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير مايوس حال الاستيفا فانتفا الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق
لا يتجزى لثبوته بسبب وهو القرابة ثبت لكل واحد كملا كالولاية في الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص
بعفو احدهما كما لو تعدد القتيل وعفى احد الاولياء فان لغيره ولاية استيفا قصاص قتيله لا محالة واجيب بان الحق واحد فلو لم
يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب مالا نظرا الى جانب بخلاف ما اذا تعدد القتيل فان الحق متعدد
فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره وقوله ومسئلة المولين ممنوعة جواب عن قوله او كان بين المولين وسند منعه ما ذكر في الامالي
لا رواية في عبد اعتقه رجلان ثم قتل وله موليان فيجوز ان يقال لا نسلم ان احدهما لا ينفرد بالاستيفا ولئن سلمنا فاحد المولين
اي لم ينفرد بالاستيفا لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولاية ليس بسبب اصلا فكان لكل شخص واحد والواحد منهما
نصف رجل وسقط عنه وقوله ومن ضرب رجلا بمر الى اخره واضح وكذا قوله ومن غرق صبيا وكما بيناه اشارة الى قوله يفعل به كما
فعل ان كان فعلا مشروعا وقوله لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما
بالمعقول وقوله ولا امر ان العصمة اي لا اشكال فيها وقوله ومنه المعقبة للجانبين الحلم الذي يجزيه وما [illegible] وقوله وما رواه غير مرفوع
لانه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا احدا بعذاب الله او هو محمول على السياسة وقد ادى

اي كما رتب البدل اي كونه محمولا على السياسة اضافته الى نفسه حيث قال عرفناه ولم يقل عرفوه وقوله واختلاف الروايتين مرفوع
على الابتدا وقوله في الكفارة خبره يعني ان اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله انما كان في الكفارة خبره يعني ان الاختلاف فانه روي
عنه ان لا كفارة في شبه العمد وروى الطحاوي ان فيه الكفارة عنده واما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد وقوله لوجود السبب يعني
سفك دم محقون على التابيد عمدا او عدم ما يبطل حكمه يعني من عفو او شبهة وقوله واذا التقى الصفان ظاهر وقوله احد نوعي الخطا
يريد به الخطا في القصد وقوله وكذا الكذا به منصوب عطفا على الكفارة وقوله على ما نطق به النص يريد به قوله تعالى ومن قتل
مومنا خطا الاية وقوله لما اختلف سيوف المسلمين اي توالى روي ان سيوف المسلمين توالت على اليمان ابي حذيفة في بعض الليالي
في غزوة خندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى رسول الله صلعم بالدية فوهبها لهم حذيفة وقوله ومن جرح نفسه واضح وقوله وفعله بنفسه هدر
في الدنيا يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لمكان الاستحالة والثاني وقوله يغسل ويصلى عليه اي كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل
ويصلى عليه صار كانه مات حتف انفه لم يكن من غير فعله في نفسه وقوله ولا يصلى عليه لان جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغي وقوله فلم
يكن هدرا مطلقا متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الاخرة والباقي واضح

فصل

لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص
الحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضية ايجاب القصاص وهي كلها من جنس واحد وكلامه واضح وقوله اطلاقه اي اهدر
وقوله والمعنى اي ومعنى الوجوب دفع الضرر لان الواجب هو دفع الشر على اي وجه كان لا عين القتل وقوله لما بينا اشارة الى
ما ذكر من الحديث والمعقول وقوله وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة يعني اذا صالا على انسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية
والقيمة وقوله فاشبه المكره يعني ان المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره اضيف التلف الى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه
فاشبه المكره يعود على المكره فيقتله وقوله قاتل دون ما لك اي لاجل ما لك وقوله فكذا اشترد اداي الا انتهاء لانه استهلال في الابتدا

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس اتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو
القصاص في الاطراف وكلامه واضح وقوله ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد وهو البطش لا تختلف بذلك ولا تردد ان الشجة
الموضحة اذا اخذت ما بين قرني المشجوج ولم تاخذ من الشاج لكبر راسه فان الكبر قد اعتبر وخير المشجوج بين الاقتصاص بمقدار
شجته وبين اخذه ارش الموضحة لان المعتبر في ذلك الشين وبالاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج وباخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة
على حقه فانتفت المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فان شا استوفاه معنى وهو مقدار الشجة وترك الصورة وان شا
اخذ ارشها وقوله على ما قال في الكتاب يعني القدوري وهو ما نقل عن الصحابة رضي الله عنهم روي ان هذا احدث في زمن عثمان
فسال عنه الصحابة فلم يكن عندهم فيه شي حتى جا علي فقضى بذلك وعمل عليه وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقوله لما تلونا
اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة وقوله ولا قصاص في
عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فان كان السن عظما فالاستثنا متصل والا يلزم فرق بينها وبين
غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها او الى اصلها ان قلعها ولا يقلع لتعذر المماثلة في القلع
المماثلة كذا في المبسوط وان كان غير عظم كما اشار اليه قوله صلعم لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن فالاستثنا منقطع
وقد اختلف الاطبا في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكانه وقع عند
المصنف رحمه الله انه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله وليس فيما دون النفس شبه عمد قد ذكره مرة لكنه ذكر هناك انه
عمد وههنا انه عمد او خطا فيحمل الاول على ان المراد به ان امكن القصاص وذلك لان شبه العمد انما يحصل فيما دون النفس او امكن
القصاص جعل عمدا روي ان الربيع عمة انس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الانصار باللطمة فامر النبي صلى الله عليه
وسلم بالقصاص واللطمة اذا اتت على النفس لا توجب القود وان لم يمكن القصاص جعل خطا ووجب الارش وقوله ولا قصاص
بين الرجل والمراة ظاهر وقوله الا في الحر يقطع طرف العبد يعني لا يجب القصاص فيه عنده ايضا والشافعي اخذ بقول ابن ابي
ليلى وسلكا في الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنسا
في النفوس فكذلك في الاطراف لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة
وهو اي التفاوت معلوم قطعا بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمس ماية دينار قطعا ويقينا ولا يبلغ قيمة
يد العبد اليه الا ذلك ان بلغت فانما هو بالحزر والظن فلا يكون مساويا ليد الحر يقينا فاذا كان التفاوت معلوما قطعا امكن اعتباره
بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله فان قيل ان استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لامكان
التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين واجيب بان التساوي انما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت
بذلك كالمماثلة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البدل وانه يمنع الاستيفا لكن
المعقول منه منع استيفا الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلا تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المراة بيد الرجل
فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فلو وجب ان يعتبر التفاوت
المالي مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا يعتبر فيما سلك
بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة ينتفي به المماثلة ينبغي ان يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل كيلا

يلزم

يلزم ان يكون بدلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه استيفاء والاسقاط جائز دون البدل بالاطراف والنا في
ظاهر قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد كلامه واضح وقوله لان حقه متعين في القصاص لانه لو زال الشلل مثل ان
يستوفي الارش لم يكن له الا القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي ان الواجب احد الشيئين اما القصاص او الارش
فاذا تعذر احدهما لفوات محله تعين الاخر وقوله ومن شج رجلا فقد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع اكبر
يده فلا حاجة الى اعادته وقوله وفي العكس يخير ايضا وهو ان يكون راس المشجوج اكبر من راس الشاج لانه ان استوفى مثل شجة
مساحة كان ازيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين دون حقه فيتخير بين الاقتصاص واخذ الارش
والباقي ظاهر

فصل

لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها اتبعه ذلك في فصل على حدة اذا اصطلح القاتل
واوليا المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان او كثيرا زائدا على مقدار الدية لقوله
تعالى فمن عفي له من اخيه شي الاية على ما قيل انها نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو موافق
للام فان عفي اذا استعمل باللام كان معناه البدل اي فان اعطي من جهة اخيه المقتول شيا من المال بطريق الصلح فاتباع اي
فمن اعطي وهو ولي القتيل مطالبه بدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة وان قال على ما قيل لان اكثر المفسرين على انها في العفو
بعض المستحقين الاولى ويدل عليه قوله شي فانه يراد به البعض وتقديره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول
شي من القصاص فان كان للقتيل اوليا فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو
مروي عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم فاتباع بالمعروف اي فليتبع غير العافي بطلب حصته بقدر حقه وليود
القاتل اليه حقه وافيا من غير نقص لقوله صلعم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان شا قادوا وان شا واخذوا الدية
قال المص والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه يعني ان ليس للولي العدول الى المال الا برضا الجاني وهو الصلح
بعينه والباقي ظاهر وقوله نص معتد ربكسر الدال وقوله كالخلع وغيره يعني كالاعتاق على مال وقوله خلافا لمالك والشافعي في
الزوجين قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية عندهما جميعا ونقل من المبسوط
والايضاح والاسرار ما يدل على ان خلاف مالك في الدية خاصة وان الشافعي يقول الزوجان لا يستوفيان القصاص ولهما حق العفو
ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكره في الكتاب من انه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية
المبسوط والايضاح والاسرار وهو مواخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقوله
لهما ان الوراثة خلافة يستلزم عدم توريث احد الزوجين من الاخر شيا وهو باطل ولكن يحمل على ان معناه الوراثة فيما يجب
بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا بالسبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية انما يجبان بعد الموت وقلنا انه خالف النقل
والعقل اما الاول فحديث امراة اشيم الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب واما الثاني فلانها موروثة كساير
الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون في حق الزوجين كذلك لان وجوبها اولا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا ان
يستند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت الا ترى انه لو اوصى بثلث ماله دخلت
ديته فيها وتقضى منها ديونه وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من احرز الميراث وكفى به قدوة واذا ثبت ذلك فكل
منهم يتمكن من الاستيفا والعفو والباقي واضح وقوله لان الواجب نصف الدية يعني بالعفو فيكون في السنة الاولى الثلثان
وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد انسان خطا وقلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء وكله موجل الى ثلث سنين فكذا
بعضه كالالف الموجلة الى ثلث سنين فان كل درهم منها كذلك وقوله والواجب في العبد جواب اعتباره وهو واضح قال
واذا قتل جماعة واحدا اذا تعدد القاتل اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفا المساواة لكنه ترك بما روي ان
سبعة من اهل صنعا قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالا عليه اهل صنعا لقتلتهم والتمالؤ التعاون
وصنعا اليمن قصبتها وروي عن علي رضي الله عنه انه قتل ثلثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قتل جماعة بواحد
وكانت الصحابة متوافرة ولم ينكر عليهم احد فحل محل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق
غالبا الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب من جزره(؟) فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الاحيا فانه
لو لم يجب لما عجز المفسد عن ان يجمع عليه امثاله ويقتل لعلمه ان لا قصاص فيودي الى سد باب القصاص ولقائل ان يقول
ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لم يعتبر في الشرع وان كان فلا بد على القياس المقتضي لعدمه المويد
بقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب انه قياس على ساير ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من افعال العباد
ويرجح على ذلك بقوة اثره الباطن وهو احيا حكم الاحيا وقوله ان النفس بالنفس لا ينافيه لان اسم النفس في ازهاق الروح
الغير المتجزي يتشخص واحد واذا كانت المسالة بالعكس وحضر اوليا المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكره في الكتاب وقال الشافعي
يقتل بالاول منهم ويجب المال للباقين يعني ان قتلهم على التعاقب وان قتلهم جملة او جهل الاول قتل لهم وقسم الديات بينهم او يقرع
وقوله وهو القياس في الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا لانه عرف بالشرع يريد قضية عمر رضي الله عنه ولنا ان
كل واحد منهم اي من اوليا القتيل قاتل قصاصا بوصف الكمال لانه لا يتجزى اصله الفصل الاول فان الجماعة تقتل بالواحد

انتفا ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك واذا كانت الجماعة مثلا للواحد كان العكس كذلك لان المماثلة بين الشيئين انما يكون من الجانبين قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح يعني ان القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو انفرد عن الباقين كان بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها توزيعا او كملا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا اذا حلف جماعة كل منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا ولان القصاص شرع مع المنافي وهو قوله صلى الله عليه وسلم الادمي بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب لتحقق الاحيا وتحقيق الاحيا قد حصل بقتله اي بقتل القاتل فاكتفي به ولا شي لهم غير ذلك وقوله ومن وجب عليه القصاص ظاهر قال ـــــ واذا قطع رجلان يد رجل واحد تعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدده في النفس عندنا فاذا قطعا يدا فلا قصاص اصلا وقال الشافعي ان وضع احدهما السكين من جانب والاخر من الاخر وامراها حتى التقتا السكينان فالحكم كذلك لان كلا منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل يد وان اخذا سكينا وامراها على يده حتى انقطعت قطعت ايديهما اعتبارا بالانفس اما لكونها تابعة لها واما ان تجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كلا منهما قاطع بعض اليد سوا كان المحل متحدا او مختلفا لانا نعلم ان ما انقطع بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الاخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصا لانتفا المماثلة وهذا لان المحل متجزئ فان قطع بعضه وترك بعضه متصور يمكن ان يجعل كل واحد فاعلا كملا بخلاف النفس فان الازهاق لا يتجزى والباقي ظاهر وقوله والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي يعني لان من عليه القصاص حر وجواب عن قوله لان اليد استحقها الاول وتقريره ان القصاص ملك الفعل يثبت للاستيفا ضرورة فلا يتعدى الى شغل المحل لخلو الحاجة عنه واذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكا وقوله ولتردد حق الاخر يعني ان حق الحاضر ثابت في اليد ومزاحمة الاخر في الاستيفا موهومة عسى ان يعفو او لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والاخر غايب يقضى له بذلك وقوله لانه اوفى به حقا مستحقا يعني انه قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضي للاخر بالارش قوله واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وانما قيد بالعمد لانه لو اقر بالخطا لا يجوز سوا كان ماذونا او محجورا اما المحجور فظاهر واما الماذون فانه ليس من التجارة وقوله حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر ولهذا وقع طلاق زوجته بالاقرار كوقوعه بالايقاع واذا اقر بسبب يوجب الحد يحد به وقوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر قيل فان الرمي اذا اصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتلا وان اصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى اخر خطا وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى ان يقال معناه ان الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى امرين كالحركة مثلا فانه يجوز ان يوصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطؤ بالنسبة الى اخرى فكذلك هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل ان يقول الخطا يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الا مرادا بين الحظر والاباحة ولم يوجد والجواب ان الخطا هو تحقق الجناية في انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شي فظنه صيدا فاذا هو انسان او لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة وانما قلنا مطلقا ليخرج من قصد قطع يد رجل فبين فاصاب عنقه ومات فانه عمد لانه ليس بمخالف للمقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قطعا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك فاصاب رقبة غيره فحزها او رمى الى شخص فاصاب غيره فمات فان ذلك خطا لان قطع يد رجل او قتله لا يكون قتلا لغيره فكان مخالفا له من كل وجه والله اعلم

فصل ـــــ ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله عمدا القطع والقتل اذا حصلا في شخص واحد كانا على وجوه ان يكونا خطايين او عمدين او يكون القطع خطا والقتل عمدا او بالعكس فكذلك القسمة العقلية اربعة ثم ان كل واحد منهما موجب فعلا من القصاص واخذ الارش مطلقا لان الدية اقل ان يكون عند اتحاد المحل لا غير وان كان من شخص واحد فايجاب موجب الفعلين او اهدار احدهما واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات تقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمما للاول ويجعل الكل واحدا الا ان لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا او موجبا او بتخلل البرء فيكون القتل بعده ابتدا فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنسا فكذلك في الصورتين الاوليين وان كانا خطا جمع بالاجماع لامكان الجمع باختلاف ... الى ... وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفي بدية واحدة وان كانا عمدا فقد اختلفا فيه قال ابو حنيفة رحمه الله الولي بالخيار ان شاء ان يقطع ثم يقتل وان شاء ان يقتل وقالا يقتل ولا يقطع وقوله فان شاء الامام قال اقطعوه قال شمس الايمة السرخسي يشير الى ان الخيار للامام عند ابي حنيفة وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم ان لهم الخيار قالا الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال لا بل الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لحلول القطع اذ ذاك عن الحز واما لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين وجب القود على الحاز واذا انقطع اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطايين لان الموجب هو الدية وهو

بدلا

بدل النفس من غير اعتبار المساواة وقوله ولان ارش اليد دليل اخر على جواز الجمع اذا كانا خطايين وتقريره ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك انما يكون بالحز القاطع للسراية فارش اليد انما يجب بالحز القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وفي حالة الجزء وفي ذلك تكرار دية اليد لان ضمان الكل يشملها والتكرار فيها غير مشروع فلا يجتمعان قلنا لا يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة وهي انما تتحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا يقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه واما الخطا فمبناه على التخفيف الا ترى ان الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا قال ـــــ ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرى ومن ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان وعشرة في مكان فبرى من تسعين وسرت موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله وكذا كل جراحة اندملت يعني مثل ما كانت تجب فاندملت لصحة ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل وسيأتي تفسيرها في اخر فصل الشجاج وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب مائة سوط وجرحته وبقي لها اثر تجب حكومة عدل دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقا الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بالالم وليس بموجود وهذا يشير الى انه ان لم يجرح في الابتدا لا يجب شي بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق له اثر فكذلك كما هو اصل ابي حنيفة لانه لم يكن الا مجرد الالم وهو لا يوجب شيا كما لو ضربه ضربا مولما ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلها ياتي قبيل فصل الجنين قوله ومن قطع يد رجل اعلم ان العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند ابي حنيفة خلافا لهما فاذا وقع كي في ذلك وعفى المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقالا لا شي عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه اما القطع او القتل اذا اقتصر او سرى فكان العفو عفوا عنهما ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فكان الاذن بالقطع اذنا به وبما حدث منه حتى اذا قال لغيره اقطع يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهاء فيعتبر بالاذن ابتداء وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الساري والمقتصر فكذا هذا ولابي حنيفة ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه وما هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا الا ترى ان الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل والقطع المقتصر لم يكن عفوا فكذا اذا عفا عن اليد ثم سرى واذا لم يكن العفو معتبرا اوجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا انا تركناه لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارية للقود فتجب الدية وقوله ولا نسلم ان الساري نوع من القطع جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال سرى القطع وقطع ساريا فكيف يصح منع ذلك والجواب ان المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر وقوله بل الساري قتل من الابتدا اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مزهق للروح وهذا انزهق الروح به عرفنا انه كان قتلا وقوله وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا لانه اذا سرى ومات تبين ان هذا القطع لم يكن له موجب اصلا لان الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافا الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن الجناية ظاهر وقوله في هذه الوجوه وهو العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية وفاق وهو في موضعين احدهما ان العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطا والثاني العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية ايضا وخلاف وهو ايضا في موضعين احدهما ان العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما اذا كان خطا وعند ابي حنيفة رحمه الله يكون عفوا عن ارش اليد لا غير والثاني ان العفو عن الشجة يعفو عن الدية اذا سرت عندهما وعنده عن ارش الشجة لا غير اذ ذاك اي اعلم بذلك الطلاقة اي الاطلاق لفظ الجامع الصغير قوله ومن قطع يد رجل فعفى المقطوعة يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطا ومنع الاطلاق بان قوله فعلى القاطع الدية في ماله يدل على انه في العمد لان الدية في الخطا على العاقلة واجيب بان الموصول مطلق لا محالة والجواب انما هو لاحد نوعيه وتقديره فعلى القاطع الدية في ماله ان كان القطع عمدا وقوله كما لو اوصى باعارة ارضه يعني اذا تبرع بمنافع ارضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لان المنافع ليست باموال وفيه بحث من اوجه الاول ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة الثاني ان الوصية باعارة ارضه باطلة وان صحت فحكمه انها تسكن الموصى له يوما والورثة يوما ان لم يتحمل القسمة وان قبلها تقرر الثلث للموصى له والثالث ان المنافع اموال فكيف صار ... ليس بمال والجواب عن الاول ان المصير الى تعلق حق الورثة به لا لكونه موروثا والتنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك اغنيا خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنيا انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث خلافة في سبب الميت الحقيقي او الحكمي او نكاحه او ولايته او حقيقة او حكما في ماله او حق قابل لها بعد موته وقد قررناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كاتبيين لا ينحصر في المال بل اذا كان

خلافا بلا خلافه بصح ان تكون موروثا ولاشك في قبولية القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بان المراد من قوله اوصى تبرع
كما عبر عنه انفا والوصية تبرع خاص فيجوز ان يستعار لمطلقه وعن الثالث ان المنافع اموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله
فيعتبر من الثلث فيه اشكال وهو انه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب ان لا يصح
حسنه واجيب بان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفى عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا معتبرا ابتداء ولا ما
نع عنه الا ترى انه لو وهب له شيئا وسلم جاز قال ـــــ واذا قطعت المراة يد رجل اذا قطعت المراة يد رجل فتزوجها على يده
فاما ان يقتصر اوليس في فان كان الاول صحت التسمية ويصير الارش وهو خمسة الاف درهم مهرا لها بالاجماع سوا كان القطع عمدا
او خطا وتزوجها على القطع فقط وعليه وما يحدث منه لانه لما تبين ان موجبه الارش دون القصاص لانه لا يجري في الاطراف
بين الرجل والمراة والارش يصلح صداقا وان كان الثاني واليه اشار بقوله ثم مات فاما ان يكون القطع خطا او عمدا فان كان
الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية في ماله عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا
لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون ما لها من المهر على ما عليها مما يحدث منه
ثم القطع اذا كان عمدا كان التزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لاسيما على تقدير سقوط القصاص
فانه اذا لم يصح مهرا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط ههنا اما بقبولها التزوج
لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولاية الاستيفاء
ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمراة هو الارش خمس مائة دينار وهو معلوم فيما لا
ان يكون هو المهر اجيب بانه ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسة الاف درهم فيكون مجهولا واذا لم يصح القصاص ولا بدله يجب مهر المثل
وعليها الدية في مالها فان قيل فقبولها التزوج يتضمن العفو والمعفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية اشار الى الجواب بقوله لان التزوج
وان كان يتضمن العفو لكن فيما يحل فيه يتضمن العفو عن القصاص في الطرف واذا سرى تبين انه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فيجب
الدية في مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمل العمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه يريد به قوله لانه هو الموجب للعمد واذا اوجب
لها مهر المثل وعليها الدية يقع المقاصة ان تساويا وان لم يتساويا يرد من عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطا كان
التزوج على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد
ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة في الخطا والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحاد الذمتين وقوله
ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها ظاهر وقوله ولا شيء عليها اي لا دية ولا قصاص وقوله يرفع عن العاقلة مهر المثل اي قدر
مهر المثل وقوله ولهم اي للعاقلة ثلث ما ترك اي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية بكونه وصية وقوله فالمتفق جوابهما في
الفصلين يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطا وفي التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية وعبر بالفصلين
باعتبار المختلف والمتفق وان كان الفصول ثلثة قال ـــــ ومن قطعت يده فاقتص له من اليد كلامه واضح ولم يذكر ما اذا
مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله
لا شيء عليه على ما سيجي وقوله ومن قتل وليه عمدا صورته ظاهرة وكذلك دليلهما واما دليل ابي حنيفة فيحتاج الى كلام فقوله
ومن قتل حقه انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بان الشا
هد ان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليد وان يضمنان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهدا الا بالقتل ولو كان القطع
غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه احد وليس اصل المسلة ذلك وانما هي بناء على انهما اوجبا له قتل النفس وذلك يبري
القاطع عن الضمان فضمنا لابطال البراة بعد علة الضمان عليه فصار كما لو شهدا على رجل انه ابراه عن الدين ثم رجعوا او قوله وان
لا يجب المال في الحال جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب ان يضمن في الحال وقوله وملك القصاص في النفس ضروري جواب عن قولهما
انه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوته مع المنافي وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر الا في حق الاحوال الثلث وهي
استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف في المحل بغيرها والقطع مقصود اغيرها فيكون تصرفا فيه في غير موضع
الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان والحاقوله فما قيل من ذلك يعني قبل التصرف بهذه الاشيا الثلثة يريد به القطع فلم يظهر بعض ملك
القصاص لعدم الضرورة وقوله بخلاف ما اذا سرى جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله واما اذا لم يعف وما سرى جواب عن قولهما واما
عفا وما سرى وقوله الصحيح انه على الخلاف يعني فلا يكون مستشهدا به وكذلك قوله هو الصحيح وقوله والاصابع وان كانت تابعة جواب
عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفى وهو اختيار بعض المشايخ فانهم تبرعوا بالفرق واما صاحب الاسرار
فمنعه وقال لا نسلم انه لا يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفى عن الكف قوله ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه واضح وقد اشرنا
اليه من قبل وقوله فصار كالامام اي القاضي اذا قطع يد السارق فمات من ذلك فانه لا شي عليه وقوله وانما مور بقطع اليد كما اذا قال اقطع
يدي فعل فمات فلا شي على قاطع وقوله في مجرى العادة يعني ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله لانه مكلف فيها اي في السابق
بالفعل اما تقلدا كالامام فانه اذا تقلد القضا وجب عليه ان يحكم او عقدا لتعاقدا ما في غير الامام من المسائل يعني البزاغ والحجام فانهم
الفعل يجب عليهم بعقد الاجارة والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه من الاستيفاء لا وجوب ولا التزام
اذ

اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق اي الاباحة فاشبه الاصطياد ولو رمى الى صيد
فاصاب انسانا ضمن هكذا او هذا وطولب بالفرق بين هذا وبين المستاجر والمستعير وسلم ضرب الصبي باذن الاب فمات وقاطع يد من ارتد ثم اسلم
بعد القطع فانه لا يجب على المستاجر والمستعير للمركوب اذا انفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وههنا يجب اذا سرى واجيب
بان في الثلثة الاول حصل سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الاذن ولو اهلك المالك دابته لم يجب عليه شي فكذا الاذن بسبب
الهلاك والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذا ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن وان قطع وسرى كان
القطع قتلا وليس له ملك القتل فكان تصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان واما الرابع فلان القطع مع السراية يصير قتلا لكن
للابتدا او لو قتل ابتدا او وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذا اذا صار قتلا في الابتدا الا انه مستند
ابتدا القطع ـــــ باب الشهادة في القتل ـــــ القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة
فبين الشهادة فيه في باب على حدة ومن قتل وله ابنان حاضر وغايب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم حضر الغايب فانه
يقيم البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيده ان كان خطا لا يعيد بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على اخر والاصل ان استيفاء
القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وليس لابي حنيفة رحمه الله تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسا
كما انه ليس لهما به ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا لانه افع والقياس عدم الجواز اما من جهة المورث فلان القتل لم يوجد
بعد واما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان ان السبب قد تحقق فيصح من كل منهما لذلك واذا ظهر ذلك ظهر
وجه قولهما ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه ان ينتصب احد الورثة خصما عن
الباقين واستدلالهما على ان طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لانه عوض عن نفسه قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس
فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت يقضي به ديونه وينفذ منه وصاياه
ولابي حنيفة ان طريقه طريق الخلافة وهو ان يثبت لمن يخلف ابتدا كالعبد اذا اتهب فانه يثبت الملك للمولى ابتدا بطريق الخلافة
لان العبد ليس باهل للملك كما ان الميت ليس من اهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوارث هو ان يثبت
الملك للمورث ابتدا ثم للوارث وقوله بخلاف الدين جواب عن قولهما كالدين لانه اي الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا
نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتدا لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد
الغايب البينة بعد حضوره وهذا انسب للقواعد الفقهية لان المحل محل الشبهة فيه وقوله فان اقام القاتل البينة
واضح وقوله لانهما تحرا ان تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو عنهما لم يذكره وهو قول الامام المحبوبي لانهما زعما
ان القود قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما وقوله فان صدقهم القاتل فالدية بينهم اثلاثا يعني فيه كلام فالمقام لا يخلو
اما ان يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا او يكذبهما او يصدقهما القاتل دون المشهود عليه او بالعكس والمذكور
الكتاب اولا بالهوان يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم اثلاثا لما ذكر في الكتاب من التعليل واشار بقوله وحده الى انهما
لو صدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لا غير لانهما ادعيا على القاتل مالا وصدقهما القاتل فيه ولا شيء للمشهود عليه
لانه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا اقر بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عيانا وقوله وان كذبهما اي كذبهما القاتل والمشهود
عليه ايضا فلا شيء للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية كما ذكره في الكتاب وقوله وان صدقهما المشهود عليه وحده يعني وكذبه
القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لاقراره له بذلك وفي بعض النسخ ولكنه ينصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان
والقياس ان لا يلزمه شي لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل
بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعوا هما
العفو على الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار
ما اقر له به القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر رجل بالف درهم فقال المقر له هذا الالف ليست لي ولكنها لفلان
جاز وصار الالف لفلان كذا هذا قال ـــــ واذا شهد الشهود انه ضربه صورة المسلة ظاهرة وقوله اذا كان عمدا قول المصنف
احترز به عن الخطا ثم قال وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشي جارح لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند ابي حنيفة كما تقدم
قيل الشهود شهدوا على الضرب بشي جارح لانه اذا لم يكن كذلك ولكن قد يكون خطا فكيف يثبت القود واجيب بانهم لما شهدوا
انه لما ضربه بالسلاح فقد شهدوا انه لما قصد ضربه لانه لو كان مخطيا لم يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصا
واقول هذا السؤال وارد على صاحب الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا لم يعم على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف
قوله واذا اختلف شاهدا القتل ظاهر وقد تقدم في الشهادات ان اختلاف الشاهدين في الاموال يمنع عن الحكم ففي النفوس
اولى وقوله لان المطلق يغاير المقيد لان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد يوجبها على العاقلة وقوله فان شهدا انه قتله
واضح وقوله ولانه حمل اجمالهم في الشهادة فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا
غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان
نفي الشهود في قولهم لا ندري بأي شيء قتله اما صادقون او كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين

سبب ان لا يقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضا بالاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فسقة
ووجه ذلك انهم جعلوا غافلين بانه قتله بالسيف لكنهم يقولون لا ندري اختاروا حسبة الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاحيا وجعل
كذبهم هذا معفوا عند الله لما جا في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فيقول خيرا ويلهم كذبهم هذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو
معنى قوله واولوا كذبهم ظاهرا وردا طاقة اي يتجوزا الكذب وقوله وهذا الى معناه اي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى
اصلاح ذات البين بمعنى ان العفو مندوب اليه ههنا كما ان الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان ورود الحديث كذلك ورودا
ههنا وقوله فلا يثبت الاختلاف بالشك يعني اذا احتمل ان يكونوا غافلين او جاهلين واحتمل ان لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف
لا يثبت بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة وقوله واذا اقر الرجلان مسلمتان مبناهما على ان تكذيب
المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي فان من اقر بالف درهم وصدقه المقر له في النصف وكذبه في النصف صح الاقرار
في صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لكونه تفسيقا له وتفسيق الشاهد يمنع القبول
بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما اقر به لانه اذا كذبه في كل ما اقر به يبطل الاقرار لانه رد لاقراره وعلى هذا لو قال المقر له بدل
قوله قتلتماه صدقتما لم يكن له ان يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه انت قتلته
وحدك وفي ذلك تكذيب الاخر في الجميع وهو تكذيب لهما

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال
صفات لذواتها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية
لورثته المرتد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شي عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه وذلك ابرا للضامن لان من الحق المتقوم عن
التقوم اسقط حقه كالمغصوب منه اذا اعتق المغصوب فانه صار للتبري مبريا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه فصار به مبريا كما اذا ابرا
عن الجناية او صلحه بعد الجرح اي انعقاد سببه وهو الرمي قبل ان يصيبه السهم ولابي حنيفة رحمه الله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل
منه بعده وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم واستوضح اعتبار وقت الرمي بما
اذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم اصاب فان ردته بعد الرمي لا يحرم لان فعله ذكاة شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية
وبما اذا كانت الجناية خطا فكفر بعد الرمي قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة انسب مما قال المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت
لامكان اعتبار وقت الاصابة هنا كما فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمدا فلو اوجب القصاص اجاب
بقوله والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة يعني الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة ووجبت الدية في ماله ولو كانت
المسألة بالعكس فلا شي عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم ثم وقع به السهم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم
المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك ونوقض بما اذا رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم ثم اصابه السهم فمات وجب
الجزا على الرامي اجيب بان جزا صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون اقل من ذلك وان رمى
عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف وقال محمد رحمه الله عليه فضل ما بين
قيمته مرميا الى غير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم وبعده ثمانمائة لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من
له الحق لان المستحق حال ابتدا الجناية المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه
المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شي من الدية والقيمة وان يضمن النقصان واذا انقطعت السراية
بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك اي فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي
ولهما انه يصير قاتلا الى اخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب ابي حنيفة رحمه الله وابو يوسف يحتاج الى الفرق بين هذا وبين
ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وحالة الرمي وهو ان المرمي اليه خرج بالارتداد
من ان يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته
للمولى ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد وقوله بخلاف القطع والجرح جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة
الجرح والقطع استشهادا واعلى قطع السراية وتحقيقه ان القطع فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك
بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه في المتنازع فيه لان الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شي منه لعدم اثره في المحل وان تعرض الرقبة
فلم يخالف الانتها الابتدا فيجب قيمته للمولى وزفر وان كان نحا لتغاير في وجوب القيمة يعني ويقول بالدية نظرا الى حالة الاصابة فحجة
عليه ما حققناه والباقي ظاهر الى اخره والله اعلم

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنايات
ظاهر المناسبة لان الدية احدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم ومحاسنها محاسن القصاص والدية
مصدر من ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة من وعد قال وفي شبه العمد دية مغلظة
شبه العمد قد تقدم معناه وحكمه الدية المغلظة على العاقلة والكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات وكفارته عتق
رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الاية وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط
فلا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب استدلال من الاية بوجهين
احدهما بالنظر الى الفا وذلك لان الواقع بعد الفا الجزا يجب ان يكون كل الجزا اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه والجزا
او

قال الزيلعي الدية يسلم للمال الذي هو بدل النفس هو مصدر ودى يدي القاتل المقتول اذا اعطى وليه ذلك سمي ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر انتهى والاولى ان يقال الدية هو المال الواجب بالجناية في نفس او طرف
سعدي چلبي

او بقي منه شي ومثله محل الاثري انه قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وفي نيته ان يقول وعبده حر ولكنه لم يقل
لا يكون الجزا الا المذكور ليلا يحتمل العلم والافتا بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان
والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان على ما عرف يعني في اصول الفقه ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لان شرط
هذا الاعتاق وسلامة الاطراف ولا يجزيه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطا تلونا
يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية اي دية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مائة
من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ولم
يذكر في الهداية قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي رحمهم الله ثلثون جذعة
وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات اي في بطونها اولادها صفة كاشفة والضمير في كلها للثنية واستدلا بقوله صلى
الله عليه وسلم الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ومنها دية شبه
العمد اغلظ من دية الخطا العمد المحض فان الابل فيه تجب اخماسا وذلك اي كونه اغلظ فيما قلنا لانا نقول اثلاثا وانتم تقولون
ارباعا ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قوله صلعم في نفس المؤمن مائة من الابل ووجه الاستدلال به ان الثابت منه عليه السلام
هذا او ليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع ورواية ما ثبت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ
فان زيدا وعمر وغيرهما قالوا مثل ما قالا وقال علي رضي الله عنه تجب اثلاثا ثلاث وثلثون حقة وثلاث وثلثون جذعة واربع
وثلثون خلفة وقال ابن مسعود رضي الله عنه بمثل ما قلنا ارباعا والراي لا مدخل له في المقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا
لما رواه واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن اولى وقوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير
على عشرة الاف درهم والف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح تغلظ في النوعين الاخرين اي الدراهم والدنانير
الى قيمة اسنان الابل في دية الخطا والى قيمة اسنان الابل في شبه العمد فما زاد على اسنان دية الخطا يزاد على عشرة الاف
درهم ان كان الرجل من اهل الورق ويزاد على عشرة الاف دينار ان كان من اهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في
الابل لزيادة جناية وجدت منه ولم يوجد في الخطا وهذا المعنى موجود في النوعين فيجب التغليظ فيهما واما ما ذكره في الكتاب ان
التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه يأتي بالتغليظ لان عمد الاتلاف وخطاه في باب الغرم سوا ولا دلالة
ليلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان التوقيف فيه وقوله كما بينا من قبل يعني في اول
كتاب الجنايات قال والخطا مائة من الابل اخماسا اخماسا قيل منصوب باضمار كان ويجوز ان يكون حالا من الضمير الذي
في قوله في الخطا وقد اجمعت الصحابة رضي الله عنهم على اخماسه لكنهم اختلفوا في اسنانها فقال ابن مسعود رضي الله عنه عشرون بنت مخاض
وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه اخذ اصحابنا والشافعي لان ابن مسعود رضي الله عنه روى عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتيل خطا اخماسا على نحو ما قال ابن مسعود وقال علي رضي الله عنه انه اوجب ارباعا
خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف
الاسنان لكن ما قلناه اخف فكان اولى بحال الخطا لان الخاطي معذور وقوله غير ان عند الشافعي استثنا من قوله وبه اخذنا
والشافعي يعني انه يقضي بعشرين بني لبون مكان بني مخاض والحجة عليه ما ذكرناه انه اليق بحال الخطا وقوله ومن العين يعني الذهب
الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم يعني فضة وقال الشافعي رحمه الله من الورق اثنا عشر الف درهم لما روى ابن مسعود
رضي الله عنهما ان النبي صلعم قضى بذلك ولنا ان عمر رضي الله عنه روى عن النبي صلعم انه قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم
فيتعارضان فيحتاج الى عشرة الاف درهم تاويل وذكر المصنف رحمه الله تاويل ما ذكره الشافعي رحمه الله انه قضى من دراهم كان وزنها
وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك في عهد عمر في نطاق عمر ذكر الوزن وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال روي عن النبي صلعم
قضى بعشرة الاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني في عهده وذلك تناقض والثاني ان وزن ستة يدل عليه اثنا عشر الفا
فلا يكون التاويل بذلك صحيحا والجواب عن الاول ان المنقول كان في ابتدا عهد رسول الله صلعم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن
سبعة فلا تناقض ح وعن الثاني ان شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الا انه اضيف الوزن
الى ستة تقريبا قوله ولا يثبت الدية من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا منها اي من الانواع الثلاثة يعني الابل والذهب
والفضة ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما
وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيل كل حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء هو المختار وقال في النهاية
وقيل في ديارنا قميص وسراويل وقال وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على اكثر من مائتي
بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح
على اكثر من مائة من الابل وقالا لان عمر رضي الله عنه جعل هكذا على كل مال منه قال ابو يوسف عن ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة
السلماني قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الديات على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة الاف درهم وعلى اهل
الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلة مائتي حلة ولابي حنيفة رحمه الله ان

بعض نسخ

الدية في

اهله

التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يؤثر بها ضمان في ما يجب ضمانه بالاتلاف او غيره فان
قيل فالابل كذلك اجاب بقوله والتقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة كما روينا ها وعديناها في غيرها فان قيل فلتلحق بها دلالة انها
في معناها من كل وجه وقوله وذكر في المعاقل اي في معاقل المبسوط او رهذا اشبه على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله من قوله ولا
يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة وجه رواية ان محمدا ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي من الدية على اكثر من الف دينار او
على اكثر من مايتي بقرة او على اكثر من الفي حلة لايجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على ان الاصناف الثلثة التي هي من الاصول
المقدرة ايضا وذكر الجواب على وجهين احدهما تقدير الشبهة ويرتفع الخلاف ولا اري صحته لانه ينافي رواية كتاب الديات
كما مر انفا والثاني يرفعها بجملة رواية المعاقل على انه قولهما وحمل بعض مشايخنا على ان في المسئلة عنه روايتين قال
ودية المراة على النصف من دية الرجل دية المراة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه
ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالمرفوع اذ لا مدخل للراي فيه وقال الشافعي رحمه الله ما دون الثلث
لا يتنصف قال في النهاية الصواب ان يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن
ثابت رضي الله عنه يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك فالرجل والمراة فيه
سواء فان زاد على الثلث فحالها فيه على النصف من حال الرجل وكذلك قال بعضهم اي قول المصنف اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه
الصواب ان يقال اعتبارا بها وبما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي رضي الله عنه
انه قال دية المراة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبه نأخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت رضي الله
عنه ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف وبه اخذ الشافعي وهذا يصحح قول المصنف رحمه الله واحتج الى ذلك
بان النبي صلعم قال تعاقل المراة الرجل الى ثلث الدية وبما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امراة
قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثة اصابع قال عليه ثلثون
من الابل قلت فان قطع اربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال اعراقي
انت قلت لا بل جاهل مسترشد او عاقل مستثبت فقال انه السنة وبه اخذ الشافعي وقال السنة اذا اطلقت فالمراد بها سنة رسول
الله صلعم والحجة عليه ما رويناه بعمومه وان حالها انقص من حال الرجل قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة منفعتها اقل لا
تمكن من التزوج باكثر من زوج واحد وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بالنفس وبالثلث
وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ في
النادر وقول سعيد انه السنة يريد به سنة زيد رضي الله عنه فان كبار الصحابة افتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول صلعم لما خالفوه
قال ودية المسلم والذمي سواء دية المسلم كدية الذمي رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها وكلامه على
الوجه الذي ذكره واضح وقد استدل الشافعي رحمه الله بقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة وبقوله تعالى افمن كان
مومنا كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله صلعم المسلمون تتكافأ دماؤهم يدل على ان دماء غيرهم لا تتكافأ ولان نقصان الكفر
فوق نقصان الانوثة وبالانوثة ينتقص الدية فبالكفر اولى وبان الرق اثر من اثار الكفر وبه ينتقص الدية فبالكفر الموجب له اولى
والجواب عن الايتين ان المراد احكام الاخرة على انه لا نفي رجحان فوله وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله والمهر
من الدية الدية في قتل المومن وعن الحديث بانه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بان النقصان بالانوثة والرق من حيث النقصان
في المالكية فان المراة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية
ولا يرد ما يجب اصلها انه نفي كل شخص اعز ما في يده من المال والذمي يساوي المسلم في ضمان ماله اذا اتلف ففي النفس اولى واذا لم يكن
لنا في المسئلة الا ما روى الزهري ان دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلعم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم
على كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روي عن علي رضي الله عنه بشهرته انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم
كاموالنا وما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه دية الذمي مثل دية المسلم وما روي عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي
صلعم ودى ذميا قتل بمائة من الابل لكان لنا من الظاهر في المسئلة ما لا يخفى على احد

فصل فيما دون النفس

قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه اعادة ذكر النفس في فصل ما
دون النفس مقدمة لذكر ما بعده وقوله وقد ذكرناه يعني في اول الجنايات ومعنى قوله في النفس الدية تجب الدية بسبب اتلافها كما
يقال في النكاح ومنه قوله صلعم في خمس من الابل الساية شاة وقوله وفي المارن الدية يعني فيما دون قصبة الانف وهو ما لان منه
كل ما لا يتأتى له في الجسد عضو او كان او بدنا مقصود الجنس يتلافه كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالانف واللسان والذكر
ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثديي المراة والانثيين والرجلين ومنها ما هو اربع كاشفار
العينين ومنها ما هو اعشار كاصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالاسنان والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس
منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي على الكمال تجب كل الدية ويفيد المنفعة والجمال بالكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل
الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس او الة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء وعين
العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطأ لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوتها على الكمال وانما فيه حكومة
عدل واما اذا اتلفه الكامل فيجب فيه كمال الدية لاتلافه كل النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمي اصله قضاء رسول
الله صلعم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فان كان جنس المنفعة او الجمال في عضو واحد ففي اتلافه
يجب كمال الدية وان كان في عضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية وان كان في اربعة اعضاء ففي كل واحد منهم ربع الدية وان
كان في عشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وكلامه واضح وقوله قيل يقسم الدية على عدد الحروف يعني على جملة الحروف ما تعلق
باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء
واللام والنون وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على ما عرف فلم يكن اتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روي
ان رجلا قطع لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فامره ان يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا اسقط من الدية بقدر ذلك ولم يقرأ اوجب
من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القتل وبه صححه شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو ما لا يفتقر الى اللسان ان تقام
بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا يتهيأ فيجب الامتيان بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه او بصره اختلف طرق التعبير عن
معرفة ذهاب الحواس فقيل اذا صدقه الجاني او استحلف على النبات وبكل نبت فواتها وقيل يعتبر فيه الدلالة الموصلة الى ذلك
فان لم يحصل فيه الدعوى بذلك يعتبر الدعوى والانكار وطريقة معرفة السمع ان يتغافل وينادى فان اجاب علم انه يسمع وحكي ان الطحاوي
عن ابي حازم القاضي ان امراة تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت
الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر ان يستقبل الشمس مفتوحة العين فان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم تدمع
علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم انه لم يذهب وطريقة معرفة الشم ان يوضع بين يديه
ماله رائحة كريهة فان تنفر علم انه لم يذهب شمه وقوله لان لكل واحدة منها منفعة مقصودة يعني ليس فيها استتباع لكل واحد منها
الاخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الا دية واحدة لان الاطراف تتبع النفس اما الطرف فلا يتبع طرفا اخر [illegible] ما قيل
لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فيفوت هذه المنافع بدون الموت فان في الموت استتباعا دون موته وعلى ذلك
ما روي عن عمر رضي الله عنه كما ذكر في الكتاب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه يفوت به منفعة الجمال قالوا الحلق راس
انسان او لحيته كان مطالبا بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الحالق
وقالوا فيه حكومة وشعر الرجل والمراة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله في الاذنين الشاخصتين اي المرتفعتين وصفهما
لانه موضع ارادة السمع وقوله انه يجب فيها كمال القيمة هو رواية الحسن عن ابي حنيفة اعتبارا بالدية في الحر لفوات الجمال والتحرج
على الظاهر انه يجب نقصان القيمة وقوله هو الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لانه عضو على حدة به
به تحيا وقوله يستوي الخطأ والعمد يعني كما يجب الدية في حلق الراس واللحية فكذا اذا احلقهما عمدا قيل وصورته حلقها خطأ
ان يظنه مباح الدم فحلق الولي لحيته ثم ظهر انه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجود اذا كان عمدا فلم لا يجب عند
الامكان واجيب بان القصاص عقوبة والعقوبة لا يثبت الا بالنص او دلالته ولا نص في الشعور وليست في معنى المنصوص
وهو الجروح لانه لا يحتاج في تفويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم في الجراحات وليس فيه امانة
الروح فلا يجوز الحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا قال وفي العينين الدية الاصل الذي ذكرنا في صدر هذا
الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشفار جمع شفر الضم قال المصنف رحمه الله يحتمل ان مراده الاهداب مجازا ولعله قال ذلك دفعا
لتخطية من خطأ محمدا في اطلاق الاشفار على الاهداب فان الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين واطرافها والشعر النابت
عليها يسمى الهدب فقال المصنف يحتمل ان مراده الاهداب فيكون مجازا اللمي ورده ذكر المحل وارادة الحال ويحتمل ان مراده الحقيقة
فان في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس جمال المنفعة والجنس الجمال على الكمال كما ذكر في الكتاب وقوله وهو تنصيص
انقسام دية اليد على الاصابع يعني ان عشر الدية الواجب باز كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها مما فيه ثلث مفاصل كان لكل منها
ثلثه وما فيه مفصلان كان لكل منها نصفه وقوله والاسنان والاضراس كلها سواء قالوا فيه نظر والصواب ان يقال وفي الاسنان
كلها سواء لان اسم الجنس يدخل تحته اثنان وثلثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة ثنتان فوق واثنتان اسفل
ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها انياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنا عشر سنا تسمى بالطواحن
من كل جانب ثلث فوق وثلث اسفل وبعدها سن وهي اخر الاسنان يسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يجب
ان يقال والاسنان والاضراس سواء العودة الى معنى الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت اسنانه كلها كانت عليه
الدية وثلثة اخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر الف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوى
الاسنان ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص وقوله لان المتعلق يعني الدليل
يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة فان قيل لا نسلم ان فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية
بل الجمال ايضا مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية وليس لعدم ما في استتباعه الاخر فيكون الحصر في غير موضعه
اجيب بان الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة واما اذا كان فالجمال تابع الا ترى انه اذا قطع اليد الشلاء يجب

حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد لما كانت المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال فاذا اجتمعا جعل الجمال تابعا
ايضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع اولى وقوله لتفويت جنس المنفعة
يعني منفعة النسل وقوله لانه فوت جمالا على الكمال وهو استقامة القامة قيل في تفسير قوله تعالى لقد خلقنا الانسان في احسن
تقويم اي منتصب القامة وهي تزول بالحدوبة

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون
النفس وتكاثرت مسايله ذكره في فصل على حدة قال الشجاج عشرة ووجه ذلك ان قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع
اما ان يظهر الدم اولا والثاني هي الحارصة والاول اما ان يسيل الدم بعد الاظهار اولا والثاني هو الدامعة والاول اما ان يقطع بعض
اللحم او لا والثاني هو الدامية والاول اما ان يكون قطع اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم اولا والثاني هو المتلاحمة والاول اما ان يقتصر
على الاظهار او يتعدى والاول هو السمحاق والثاني اما ان يقتصر على اظهار العظم اولا والاول هو الموضحة والثاني اما ان يقتصر
على كسر العظم اولا والاول هو الهاشمة والثاني اما ان يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله الى الجلدة التي بين العظم
والدماغ ام لا والاول هو المنقلة والثاني هو الامة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تخرج
الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على ما يجيء في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب الاثار ان
الشجاج لا يزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحد منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح قوله ولا في ما فوق
الموضحة يريد به ما هو اكثر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والامة وقوله فيما قبل الموضحة يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة الى السمحاق
والمستفاد مساحة به الجرح اي بقدر قدر غوره بحديدة او غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب
حكومة عدل فيها انما هو على رواية غير الاصل واما على رواية محمد فقال يجب القصاص فيما قبل الموضحة وقوله في الجايفة ثلث الدية
قال في الايضاح الجايفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل الى الرقبة الى الموضع
الذي اذا وصل اليه الشراب كان موصلا مفطرا وما فوق ذلك فليس بجايفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجايفة هنا من مسائل
الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج يختص بالراس والجبهة والوجه والذقن وقوله وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى
معنى يعني يرجع الى ماخذ الاشتقاق لمحمد رحمه الله ذهب الى ان المتلاحمة مشتقة من التحم الشيان اذا اتصل احدهما بالاخر فالمتلا
حمة ما تظهر اللحم ولا تقطع والباضعة بعدها لانها تقطعه وقوله واما اللحيان يريد به العظم الذي تحت الذقن وقوله وقد يتحقق
فيه معنى المواجهة قيل عليه فيجب ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجيب بانه تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فيبقى
العبرة للحقيقة وقوله ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين مثاله ان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ الفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة
علم ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فوجب عشر الدية لان قيمة الحر ديته قال قاضي خان والفتوى على هذا وقوله
ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة بيانه ان هذه الشجة لو كانت باضعة فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدار ثلث
الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلاثة ارباع الموضحة يجب ثلاثة ارباع ارش
الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث علي رضي الله عنه فانه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار
ولم يعتبر بالعبيد

فصل

لما كانت الاطراف دون الراس والاحكم على حدة ذكرها في فصل على حدة في اصابع اليد نصف الدية
لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا من قوله صلعم في كل اصبع عشر من الابل وقوله على ما مر اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تفويت
جنس المنفعة الخ وقوله ولا تبع للتبع يعني وان لم يكن تبعا للاصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة اذ لا وجه لاهداره
ولم يرد فيه من الشرع شي مقدر فيجب فيه حكومة عدل واجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فان اليد اذا ذكرت
في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في اية السرقة وقوله وان قطع الكف من المفصل واضح وقوله والترجيح من حيث
الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب يعني ان الترجيح من حيث الحقيقة وهو ان البطش بالاصابع واما من
حيث الحكم فلان الاصبع له ارش مقدر والكف ليس كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير
فيه شرعا فهو ثابت بالراي وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا اولى فان المصير الى الراي ضروري ولا
ضرورة عند امكان ايجاب الارش المقدر شرعا ولما كان الاعتبار عند ابي حنيفة رحمه الله للتقدير الشرعي نصا لم يفرق
بين ان يكون الباقي من الاصابع واحدا او اكثر لان للاصبع الواحدة ارشا مقدرا فيجعل الكف تبعا للاصبع الواحدة وكذا
المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر الرواية لان له ارشا مقدرا وما بقي شي من الاصل وان قل فلا حكم للتبع وقوله في الاصبع الزايدة
حكومة عدل يعني سواء قطع عمدا او خطا وسواء كان للقاطع اصبع زايدة اولا اما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع اخرى
فلا يجب القصاص كمن قطع الابهام وليس له ابهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا ان الواجب
في قطع الزايدة حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يتعين ثمة وقوله لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا
زينة قيل عليه انه منقوض بما اذا كان في ذقن رجل شعرات معدودة وازالها رجل ولم ينبت مثلها فانه لم يجب فيه حكومة عدل وان
كان الشعر جزءا من الادمي بدليل انه لا يحل الانتفاع به واجيب بان ازالة جزء الادمي انما يوجب حكومة عدل اذا ابقى من الاثر ما يشينه
كما في قطع الاصبع الزايدة وازالة الشعرات تزيينه لا تشينه فلا يوجبه كما لو قص ظفر غيره بغير اذنه وقوله وكذلك السن الشاغية
اي

فصل في الشجاج

اي الزايدة لما قلنا يريد به قوله لانه جزء من يده فان السن جزء منه والسن الشاغية هي التي تخالف نبتتها نبتة غيرها من الاسنان
يقال رجل اشغى وامراة شغواء فانها وان كانت زايدة فهي نقصان معنى وقوله والنظر لا يصلح حجة للالزام اي قيد بالالزام لان مثل
هذا النظر يصلح حجة لغير الالزام حتى انه لو اعتق صغيرا لا يعلم صحة هذه الاعضاء يجزيه عن عهدة الكفارة لان الغالب
هو السلامة وقد تقدم من قبل في قوله وكذا بدنه رضيعا

فصل

ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه في هذا بيان ان الجزء
قد يدخل في الكل قوله فصار كما اذا اوضحه فمات يعني من حيث ان ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهايم او
من حيث ان العقل ليس من موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية
وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه
معلوما وقوله وقد تعلقا يعني ارش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن بسبب الموضحة البعض وبسبب الدية
الكل فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقوله وجوابه ما ذكرناه قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل
منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو اشمل من الاول وقوله قالوا يعني المشايخ هذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف قال في النهاية ذكر ابي يوسف مع ابي حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي ان يذكر
محمد مكان ابي يوسف كما هو في الايضاح اولا يذكر احد اصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني
وهذا الذي ذكره اذا كان خطا واما اذا كان عمدا يجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر وقوله وجه الاول هو ان ارش
الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله على ما بينا يعني قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة
جميع الاعضاء وقوله وجه الثاني يعني قوله وعن ابي يوسف ان السمع والكلام مبطن قيل يريد به الكلام النفسي بحيث لا
يتسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد
التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر وقوله وقالوا يعني المشايخ اي قال المشايخ ينبغي ان تجب الدية فيهما اي
في العينين وقوله لما في الخلافية اي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه قالا يجب في الموضحة القصاص وفي العينين
الدية وقوله اي لابي حنيفة رحمه الله ان الجراحة الاولى سارية والجراحة التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية اذ ليس في وسعه فعل
ذلك فلا يكون مثلا للاولى ولا قصاص بدون المماثلة ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة اي الثابتة حالة الشج وكذا المحل
اي محل الجناية متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر ونهاية الجناية لم يوجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية
نظرا الى اتحادهما وقوله بخلاف النفسين جواب عن قولهما كمن رمى رجلا عمدا فاصابه ونفذ الى غيره فقتله ووجه ذلك انا
وجدنا الفعل واحدا من حيث ان الثاني حصل من سراية الاولى وههنا ليس كذلك فان السراية انما تكون بتعاقب الالام
وهو انما يتحقق في محل واحد وقوله بخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع جواب عما يقال اذا قطع اصبع رجل عمدا فاخطا
السكين ووقع على اصبع اخرى فقطعها يقتص للاولى دون الثانية فما بال مسيلتنا لم تكن كذلك ووجهه ان القطع الثاني انما لم
يورث الشبهة في القصاص لانه فعل مقصود واما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود فقوله لانه ليس فعلا مقصودا الضمير فيه
عايد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية ان في قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظرا وان الصواب ما
ذكره في الذخيرة انه مقصود ولكن ليس من امره فانه رجع الضمير الى الفعل الثاني فاحتمل الكلام وقد ذكر المصنف بناء على ما ذكر
من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثاني الى الثاني وقوله وقالا وزفر تركيب غير جايز لو قال وقالا فيها وزفر كان احوط
وقوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه انما يريد قوله ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه الخ وقوله انه يجب القصاص فيهما اي
في الشجة وذهاب البصر فرق محمد رحمه الله على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فاوجب القصاص
فيهما في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بعد ان ضرب على راسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار
المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة وقوله بخلاف الحلم فيه الاخيرة
يعني قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى وقوله لان الشجة بقيت موجبة في نفسها حتى وجب ارشها مع دية
العينين عند ابي حنيفة رحمه الله والقصاص في الموضحة والارش في العينين عندهما وقوله فنبتت مكانها اي صارت اعضا
بالاكل فهو على الروايتين هاتين اي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد يعني لا قصاص على المشهورة وفيها القصاص
على رواية ابن سماعة وعن ابي يوسف اذا قلع سن بالغ ونبتت مكانها اخرى يجب حكومة عدل لما كان الالم الحاصل يقوم وليس
به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة وقوله فينتظر الاول يعني بغير اعوجاج ولو
نبتت معوجا يجب حكومة عدل وقوله ولهذا يستاني حولا اي يوجل سنة بالاجماع وقال في التتمة حتى يبرا موضع السن لا الحول
هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير في
تعلق في بدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيوثر في ابرائه لكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض
مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في حق القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله صلعم في الجراحات كلها يستاني حولا وهو كما ترى لا ينافي
الاجماع وقوله فاختلفا قبل السنة اي قال المضروب انما سقط مني بضربك وقال الضارب بسبب اخر وقوله ليكون التاجيل مفيدا

يعني ان التاجيل انما يكون لينظر عاقبة الام فلو لم يحصل فان كان التاجيل وعدمه سوا وقوله وان اختلف في ذلك اي في سقوط
السن بعد السنة وقوله لتساوي الوجهين اي وجه قوله لا شي على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله يجب الارش كاملا وقوله لما
ذكرنا يعني قوله لانه لا يمكنه ان يمضغ به فصار باسوداده ولم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى او من الاسنان التي
ترى وقالوا الواجب ان يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ
بالاسوداد دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت مما ترى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد
عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند البعض حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان
الصفرة قد تكون لون الاسنان في بعض الناس وانما يمكن فيه نوع نقص فتجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها
لا تكون لون الاسنان اصلا فكان مفوتا للجمال على الكمال اذا كانت بادية قال ـــــ ومن شج رجلا فالتحمت كلامه ظاهر
وتعليل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله هو الموعود قبيل هذا بقوله لتساوي الوجهين بعد هذا وقوله الا ان ابا حنيفة
يقول ان المنافع الخ جواب عن قول ابي يوسف فان الالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انما لزمه اجرة الطبيب ووجهه ان مجرد الالم
من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة او شبهة كالاجارة
الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شي من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيا وقوله ومن ضرب رجلا يعني اذا ضرب رجلا
فجرحه فبري منها وبقي اثر الضرب فعليه ارشه وان لم يجرحه فلا شي عليه بالاتفاق وان لم يبق اثره فهو على الاختلاف قد مضى في
الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش عند ابي حنيفة ووجوب ارش الالم عند ابي يوسف ووجوب اجرة الطبيب عند محمد رحمه الله
وقوله لان الجناية من جنسين واحدهما خطا وقد تقدم اقسام هذه المسئلة وقوله ومن جرح رجلا جراحة واصح وقوله لانه مال وجب
بالقتل ابتدا يعني لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح وقوله وهذا اذا قتل الاب ابنه عمدا كان حكمه قد علم من الضابطة
الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي رحمه الله وقوله لانه اي الزيادة يعني المعجل فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف في
المالية وهو معروف فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع ولم يجز التغليظ باعتبار العمدية فقد لا يجوز زمنا
لانه تاثير للعقد وقوله لما روينا يعني قوله صلعم لا تعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا وقوله عمده اي عمد كل واحد منهم قوله ولهذا تجب
الكفارة به اي بالمال وانما قيد به لانهم اجمعوا على ان التكفير بالصوم لا يجب عليهما وقوله ويحرم عن الميراث على اصله اي ثبت هذان
الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على اصل الشافعي لانهما متعلقان بالقتل فعلم بهذا انهما مطالبان بموجب القتل
فكذلك هنا لما تخلف عنهما احد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الاخر وهو وجوب الدية في ماله اذ الاصل ذلك

فصل في الجنين

عقب احكام الاجزا الحقيقية احكام الجز الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجز من الام واذا
ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية اي ان ضاربه كالفرس والبعير النجيب وسمي بدل الجنين
غرة لان الواجب العبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشي اوله وغرة الجنين اول مقدار ظهر في باب الدية قال المصنف رحمه الله معناه
اي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المراة وكل منهما خمس مائة درهم لان نصف العشر
من عشرة الاف هو العشر من خمسة الاف والقياس وهو قول زفر ان لا يجب شي لانه لا يعلم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في
محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل الظاهر انه حي او معد للحياة قال الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين
البهيمة الا نقصان الام ان تمكن فوجه الاستحسان ما روي ان النبي صلعم قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمس مائة ويروى او
خمس مائة فتركنا القياس بالاثر روي ان الامام المجتبى ان الرسول سيل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد او امة فقال ... وان كان
لا ... نفخ فيه الروح وفي ما مات بضربه يجب دية كاملة وان لم ينفخ فيه الروح لا يجب شي فسكت زفر
فقال له ... اعتقتك سايبة ... زفر اي ابو يوسف فسال له فقال التقيد التقيد اي ثابت من غير ان تذكر ... العقل وهذا
دليل على ان قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة وقوله وجه القياس ما ذكرنا انفا ويحتمل انه رجوع من اصحابنا ...
الحديث المروي دليل واضح على ان الدية مقدرة بعشرة الاف درهم قيل وان بين الشارع القيمة اشارة الى ان الحيوان
لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا من حيث اعتبار صفة المالية قوله اذا كان خمس مائة درهم قيل قيد به احترازا عن جنين الامة
اذا كانت قيمته لا تبلغ خمس مائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمس مائة على
ما يجي وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذا كان خمس مائة تعليلا لكونها على العاقلة وقوله في ماله اي مال الضارب
لانه بدل الجز اي جز الادمي فصار كقطع اصبع من اصابعه وقوله دوه اي ادوا ديته امر من ... من الودي والحديث حديث حمل
ابن مالك بالحا المهملة والميم ... قال كنت بين جارتين لي فضربت احداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح
خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلعم فقال عليه السلام لاوليا الضارب دوه فقال اخوها اندي من
لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل دمه يطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني وارا جيف العرب
قوموا فدوه الحديث ففيه التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة وقوله الا ان العواقل جواب عما يقال الحديث يدل على
ان الدية على العاقلة قليلة كانت او كثيرة وانتم قيدتم بقولكم اذا كان خمس مائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من ... وقوله
لان

لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها او اكثر قال الشارحون وكلاهما
غير صحيح لان المراد ان يكون الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان اكثر صفة لاقل او بدلا منه ولعل
العطف بالواو ويفيد ذلك ايضا وفي بعض الشروح ان تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك وقوله
بخلاف اجزا الدية لان كل جز منها على من وجب يجب في ثلث سنين صورته ان يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطا فانه يجب على
كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلث سنين على ما يجي في المعاقل ان شا الله وقوله ويستوي فيه اي في وجوب قدر الغرة بانه
عبد او امة قيمته خمس مائة لاطلاق ما روينا وهو قوله صلعم في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمس مائة درهم وقوله ولان في الجنينين
دليل معقول على التساوي بين الذكر والانثى واراد بالجنينين تثنية الحي الولدين المنفصلين الذكر والانثى ومعناه انما
ظهر التفاوت بين الذكر والانثى في الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الادمية في المالكية فان الذكر مالك مالا ونكاحا
والانثى مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصايص الادمية وهو معدوم في الجنين فيتقدر بمقدار واحد
وهو خمس مائة وقوله وان القته حيا ثم مات اول الاقسام العقلية الحاصلة من موت احدهما بعد الضرب وهي ان خروج الجنين من
الام اما ان يكون في حال حياتها او في حال مماتها او في حال حياة الام ومماتها الجنين والاقسام مع احكامها مذكورة في الكتاب
وقوله فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا القته جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال
ان لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكر في هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص
على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم
نفخ الروح والموت بسبب انقطاع النفس بسبب موت الام وبسبب تخنق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك الاحتمال والاول
فيبقى على اصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال ـــــ وما يجب في الجنين موروث عنه كلامه واضح وقوله في جنين
الامة يعني في جنين الامة اذا كان ذكرا ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى
وطريق ذلك ان يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على كونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك ان كان ذكرا
وعشره ان كان انثى وانما قيد بان يكون الحمل من غير المولى والمغرور لانه لو كان منهما لزمت الغرة لكونه حرا فلو ضرب الجنين ووقع
النزاع في القيمة فالقول للضارب لانه المنكر للزيادة وان تعذر الوقوف على ذكورته وانوثته يوخذ بالمتيقن قوله لان ضمان
الاطراف لا يجب الا عند ظهور النقصان يعني في الاصل الا ترى انه اذا قلع السن فنبتت مكانه اخرى لم يجب شي وهنا بدل
الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصانا فدل على ان وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية فيتقدر بها اي بقيمة نفس الجنين
لا بقيمة الام وقوله وقال ابو يوسف هذا اخر الرواية عن ابي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة
ومحمد وهو الظاهر من قول ابي يوسف رحمهم وعنه في رواية لا يجب الا نقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شي كما في
جنين البهيمة وقوله فنظرنا الى حالتي السبب والتلف يعني اوجبنا القيمة اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا
في حياته اعتبارا لحالة التلف لانه لو لا هذا الاعتبار لحالة الضرب فقط اذ الواجب في تلك الحال ايضا قيمته ... لا
يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة وقوله ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كان
قيمته غير مضروب الف درهم وقيمته مضروبا ثمان مائة درهم يجب على الضارب مائتا درهم وقوله على ما نذكر بيانه بعد هذا
في جناية المملوك والجناية عليه في مسئلة ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك وقوله وقد عرفت في النفوس المطلقة
الكاملة بالنص فلا يتعداها اي الى غير المطلقة وهو الجنين لان القياس لا يجري في العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى
يلحق بالدلالة الا ترى انه لم يجب كل البدل والباقي ظ لا يحتاج الى الشرح

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكامه تسببا والاول اولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه
قال ـــــ ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا الكنيف المستراح والميزاب والجرصن قيل هو البرج وقال فخر الاسلام جذع
يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه والعرض بالضم الناحية قيل المراد به هاهنا الواحد من الناس منزله اي اضعفهم واردلهم ووجه الكلام
في هذه المسئلة في ثلثة اشيا في اباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمبدو به في الكتاب الخصومة وبعض المنع
ولم يتعرض للمنع وفيه خلاف بين العلما قال ابو حنيفة رحمه الله لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع سوا كان له
فيه ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على راي الامام فيما اليه تدبيره فلكل احد ان ينكر عليه
وبه قال ابو يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ليس لاحد حق المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه ماذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن
له الامام واما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ليس لاحد ذلك اما على قول محمد فظ لانه
جعله كالماذون من الامام فلا يرفعه احد واما ابو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد يد فيه فالذي يخاصمه يريد ان
يجعله في يد نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت
واما وجه قول ابي حنيفة فهو المذكور في الكتاب وقوله ويسع للذي عمله ان ينتفع به ... وقوله صلعم لا ضرر ولا ضرار في
الاسلام اي لا ابتدا ولا جزا يعني متعديا عن معتد له حقه في الاقتصاص لان الضرار بمعنى المضارة وهو ان تضر من ضرك وهذا

الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا واما اذا كان غير نافذ فسيأتي وقوله وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك والدرب
الباب الواسع على السكة والمراد به السكة ههنا وقوله لانه مملوكة لهم يعني في الظاهر قال فخر الاسلام رحمه الله المراد يعني ان فيه الكلام
وليس ذلك بعلة الملك فقد ينفذ وهي مملوكة وقد ينسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به
حتى يدل الدليل على خلافه وقوله على كل حال اي سواء كان فيه استضرار او لم يكن او قوله واذا اشرع في الطريق روشنا وهو المسمى على
العلو بيان لوجوب الضمان وقوله ما ذكر في اول الباب يعني الكنيف والميزاب والجرصن وقوله فالضمان على الذي احدثه فيه
يعني ضمانه على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة وقوله وان سقط الميزاب فهذه المسألة على
اربعة اوجه لانه اما ان اصابه الطرف الداخل او الخارج او اصاباه جميعا وعلم بذلك او لم يعلم اي الطرفين اصابه والجملة مذكورة
في الكتاب بوجوهها وقوله لانه ليس بقاتل حقيقة يعني ان الكفارة وحرمان الميراث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل
تمام — حقيقة والالحاق بالمباشر غير متحقق في الرمي فقيل ان كان فعلا حقيقة فالقياس يقول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وان لم
يكن فالقياس عدمه فيهما والجواب ان الضمان يعتمد الاتلاف بطريق التعدي صيانة للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق ما
ليس له ذلك واما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا او خطأ ولم يوجد شيء منهما وقوله اعتبارا للاحوال يعني يعلم بيقين انه
قتيل الجراحة ولا يعلم انه باي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين
وقوله ولو اشرع جناحا الخ وقيل المشتري [illegible] بترك الرفع مع امكانه شرعا واجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة او التسبيب
ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به انسان فانه لا ضمان عليه لانه ليس بمباشر ولا مسبب
واستشكل القياس بالحائط المائل اذا تقدم الى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم اصاب انسانا فانه لا ضمان
على البائع وان كان جانيا بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب ان صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد
زال بالبيع وصيرورة مخرج الجناح شاغلا هواء طريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع وقوله ولو وضع [illegible] اي الحجر قيل فيه تلويح الى ان الريح ان
هبت [illegible] ما وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الحجر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض اصحابنا [illegible] وقيل اذا كان
اليوم ريحا [illegible] وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله والاول اعني الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الائمة الحلواني وقوله وقد
افضى اليها اي الى عاقبته وهي الحرق بواسطة الريح وقوله ولو استأجر رب الدار الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال
للفعلة [illegible] في حق ذلك ولم يعلم الفعلة ما قال فعملوا فسقط واصاب شيئا قبل الفراغ من العمل او
بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الامر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لانهم [illegible]
يملك مباشرته بنفسه وقد علموا ايضا [illegible] الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جاره فذبح ضمن الذابح للجار
لم يرجع به على الامر وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر لان هذا الامر صحيح من حيث ان الفناء مملوك له من وجه على معنى انه يحق له
الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث الصحة يكون الضمان على الامر بعد الفراغ من
العمل اولى من [illegible] قبل الفراغ [illegible] ان امر الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره [illegible] معتبر [illegible]
عادة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه يتقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا امر به وقوله بخلاف
ما اذا فعل ذلك يعني الصب والرش والوضوء وقوله كما في الدار المشتركة يعني ان له ان يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار
لحق الملك لحقيقته وقوله لانه صاحب علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله في فنائها [illegible] قيل الفناء سعة امام البيوت
وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما اعد من حوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله فتعقل اي نشب وتعلق بالبناء وقوله يجب الضمان على
الامر لم يتعرض [illegible] ذكر اذا اعلم الاجير ان الفناء لغير الامر واذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب
الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب انه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيها انسان او
دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء للغير فالضمان على المستأجر لان الاجير [illegible]
بناء الامر [illegible] ومن حفر بئرا في طريق المسلمين كلامه واضح والبالوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البالوعة [illegible]
اي الجامع الصغير لاشتماله على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بالرأي افتعال من الفوت وهو السبق وقوله وكذا [illegible]
على هذا التفصيل يعني انه لو فعله بامر الوالي يعني الامام لم يضمنه ولو فعل بنفسه من غير فعل احد ضمنه وقوله مما ذكرناه يعني في
اول الباب اي ههنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البئر وقوله وغيره يعني ما لم يذكره
في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع وقوله وكذا ان حفره في ملكه وان لم يأذن له الامام وقوله وكذا اذا
حفره في فناء داره يعني اذا لم يكن الفناء له وقيل معناه ذلك اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر بان لا يضر باحد واذن له الامام
اما اذا لم يكن كذلك فانه يضمن وقوله وهذا معنى هذا الجواب وهو انه يضمن اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في
سكة غير نافذة صحيح وقوله ولو حفر في الطريق [illegible] بالوقوع فيه جوعا او غما اي الحزن [illegible] قال في الصحيح [illegible] اذا كان
النفس من شدة الحر وكلامه واضح [illegible] منهم من تقدم من قول ابي حنيفة انه [illegible] على عادته [illegible] ابو يوسف [illegible]
رجل [illegible] حتى مات غما فانه لا ضمان عليه بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لان [illegible]
لوجوب

الضمان وقوله وان استأجر اجيرا ليحفر له في غير فنائه يعني بان كان الفناء لغيره او طريقا للعامة لكنه غير مشهور فاما ان يعلموا انه غير فنائه
او لا فان كان الثاني فالضمان على المستأجر ولا شيء على الاجير لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا وذلك يكفي لنقل الفعل الى
الامر لانه لو توقف على صحة الامر حقيقة تضرر الاجير فانهم يمتنعون عن العمل حقيقة مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة الى ذلك فنقل
فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستأجر وقوله لانهم كانوا مغرورين دليل قوله ولا شيء على الاجير وصار هذا الامر
صحته ظاهرا وكون المأمور مغرورا كالامر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير الا ان هناك يضمن المأمور ويرجع على الامر
لكونه مباشرا وكون الامر مسببا والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب
والاجير غير متعد والمستأجر متعد فيترجح جانبه وان كان الاول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك فلا ينقل
فعلهم اليه وليسوا بمغرورين فيقتصر الضمان عليهم فيبقى العمل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج
الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له والمناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث
علموا وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين الامر باشراع الجناح فان الاجراء هناك اذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الامر وههنا لم يضمنوا
اصلا والجواب ما اشار اليه المصنف رحمه الله في ذبح شاة غيره بان الذابح مباشر والامر مسبب وقد تقدم ان اشراع الجناح كذلك [illegible]
اذا ظهر استحقاقها وان قال لهم هذا فنائي [illegible] وقوله فكان الامر بالحفر في ملكه [illegible] بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله لانطلاق يده في التصرف [illegible]
فان قيل قوله ليس لي حق الحفر يخالف هذا اللفظ وهو صريح فلا يعتبر الدلالة في مقابلته اجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان
يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فسقط الدلالة فلا يعارض الدلالة قال — ومن جعل قنطرة بغير
اذن الامام كلامه واضح وقوله لان الاول يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة تعد اما وضع الخشبة فكونه تعديا ظاهر واما بناء القنطرة
فلان الباني فوت حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام
فكان جناية بهذا الاعتبار [illegible] وقوله وهذا اللفظ يعني به قوله فعطب به [illegible]
الا ان يتوقع الشيء المحمول عليه ومما تلف بالتعثر به بعدما وقع في الطريق وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط
على انسان وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قول محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق
فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به انسان فيموت [illegible] يشملهما والفرق بين العبارتين وفي بعض النسخ جعل قوله وهذا اللفظ
اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف رحمه الله
نظر الى المعطوف مع قطع النظر الى المعطوف عليه وقوله فيخرج بالتقييد بما ذكرناه يعني بوصف السلامة وقوله ما لا يلبسه عادة يعني
مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد لعدم عموم
البلوى به وقوله للعشيرة اعني اهل المسجد وقوله ضمن يعني اذا فعل ذلك بغير اذن احد من العشيرة [illegible] قوله من بعدي اذا
فعله باذن واحد من اهل المسجد وقوله كنصب الامام يعني اذا لم يكن الباني موجودا اما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف
قال ابو الليث رحمه الله وبه نأخذ الا ان ينصب شخصا والقوم يريدون من هو اصلح منه ويجوز ان يكون المصنف اختار قول ابن سلام
ان القوم اولى بنصب الامام والمؤذن والباني اولى بالعمارة وقوله وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فلهم تكرار الجماعة بخلاف
ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغيرهم ان يكرروا الجماعة وقوله وقصد القربة لا ينافي الغرامة جواب عن قولهما لان هذه من القرب وقوله كما اذا
تفرد بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة لكن اخطأ الطريق فان شرطها ان يكون الشهود اربعة [illegible] فاذا انتقصت
انقلبت قذفا واستوجب الحد قال — وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل وان جلس في المسجد رجل من غير العشيرة
فعطب به رجل فاما ان كان في الصلاة او لم يكن فيها فان كان في الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضا او نفلا لان
النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله على كل حال وقالا لا يضمن [illegible] كان جالسا
لقراءة القرآن او التعليم اي تعليم الفقه والحديث او للصلاة يعني منتظرا لها او نام فيه في اثنائها او في غير الصلاة او مر فيه مارا
او قعد لحديث قال المصنف وهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا اختاره ابو بكر الرازي رحمه الله وقال بعضهم
وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق وللقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان
كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله على هذا الا
ختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام ان يقول [illegible] قيل على
هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف وقوله لهما ان المسجد انما بني للصلاة والذكر قال الله تعالى في بيوت
اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال وقوله وانتم عاكفون في المساجد وقوله وله ان المسجد انما
بني للصلاة لان المسجد موضع السجود [illegible] ان المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة
والتدريس لانه يطلب موضعه الاصلي دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلاة فيه ولا دلالة لما ذكر من الآيتين على
ما سوى الصلاة والعكوف به وليس الكلام فيه [illegible] الموضع الاصلي وما يلحق به
والباقي [illegible]

فصل في الحائط المائل

لما كان الحائط المائل [illegible] من الروشن والجناح والكنيف وغيرها

الحق مسائله به في فصل على حدة قال واذا مال حائط الى طريق المسلمين اخذ الخ قيل رحمه الله في هذه المسئلة بوجه القياس
ولم يوجب الضمان وعلماؤنا رحمهم الله استحسنوا الى الضمان وهو مروي عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من
التابعين والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب وقوله وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام كالرمي الى الكفار وان تترسوا بالمسلمين
وقطع العضو للاكلة عند خوف هلاك النفس وقوله ويتحملها العاقلة قال محمد رحمه الله ان العاقلة لا يتحمل شيئا حتى يشهد الشهود على ثلثة
اشياء على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له لان كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير وقوله
والشرط التقدم اليه وهو ان يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا مخوف او يقول مائل فانقضه او اهدمه حتى لا
يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي ان تهدمه فان ذلك مشورة ويشترط ان يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما
كان او ذميا او صبيا او امرأة مال الى طريقهم وواحد من صاحب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار او سكانها لو مال اليها
وان يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة او اعارة فلم ينقض حتى لو سقط على انسان فلا ضمان على
احد وقوله والشرط هو التقدم دون الاشهاد حتى لو اعترف صاحبه انه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وقوله ان
فعلهما ولا كفعله اي فعل الاب والام والوصي كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك
لما هدر القتيل بسقوط الحائط اذا بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصي واجيب بان التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير ما
دامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كان التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم انما يترك الهدم نظرا للصبي ونظرا ان
له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصي اذا ترك النقض بعد التقدم اليه الحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب ان يكون الضمان
عليه اجيب بان في ترك النقض دفع مضرة متحققة وهي مضرة مؤنة النقض وبنايه ثانيا وفي النقض دفع مضرة موهومة لجواز
انه لا يسقط وان سقط لا يهلك به شيء فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان وقوله في عتق العبد يعني يباع فيه كما يباع
في ديون تجارته وكان القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام
المال كالحر فانه منفك عن الحجر عنه في اكتسابه بسبب ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله لان الاشهاد على المولى من وجه اما
اذا لم يكن على العبد دين فظ لان الملك في الدار للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من جهته الا ترى انه لو ادعى انسان حقا في دار
بيد مأذون له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه واما اذا كان عليه دين فعند محمد وعند ابي حنيفة
رحمه الله للمولى ان يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى العبد من وجه فاعتبر في ضمان الانفس تقدما
الى المولى لما ذكرنا ان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال مقدما الى العبد لانه كالحر فيه كما مر وقوله ويصح التقدم
الى احد الورثة في نصيبه يعني لو هلك احد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ذكره
ما ذكر في الكتاب واما جواب القياس فهو ان لا يضمن احد منهم شيئا اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن
التقدم اليه مفيدا واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك الهدم وجه الجواب ان
الاشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه ادى الى الضرر وهو مدفوع وقوله فعطب بالنقضه
اي لا يضمنه صاحب الحائط القتيل الثاني لان التفريغ عنه اي القتيل الاول برفعه مفوض الى اوليائه لا اليه الذين يتولون دفنه
وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا اشرع الجناح على الطريق فتعثر انسان بالنقضه ومات ثم عثر رجل بالقتيل ومات فان دية
القتيلين جميعا على صاحب الجناح واجيب بان اشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كانه القاه بيده عليه فكان حصول
القتيل في الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن القى شيئا في الطريق كان ضامنا لما عطب به وان لم يملك
تفريغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن جعل كالفاعل
بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فكذلك جعل فاعلا في حق
القتيل الاول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحا وقوله فسقطت يعني الجرة
بسقوط الحائط يشير الى انه لو وقعت الجرة وحدها فاصاب انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما
في ملكه سواء كان الحائط مائلا او غير مائل لعدم التعدي في السقوط وقوله فعليه اي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله له اي
لابي حنيفة ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحائط والعمق المقدر يعني في البئر لان اصل ذلك اي اصل الثقل
والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وهو القليل اي ذلك الاصل يعني ان الجزء اليسير ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل
واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك الا ترى انه لو اشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان
كان على كل واحد منهم ثلث الدية فبترك الاشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على من اشهد عليه وعلى هذا الخرج مسئلة البئر فيقال
لما اجتمع في حقه معنيان احدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من جهة الحفر
في ملكه فيجعل المعتبر حيا والمهدر ميتا فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة ان صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليهم ضمان الثلثين
وقوله بخلاف الجراحات جواب عن قولهما كما مر في عقد الاسد والحية وجرح الرجل وقوله الا ان عند المزاحمة يضاف الى الكل لعدم
الاولوية يضاف اليه واذا اضيف الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر به فيجعل غير المعتبر كالعدم اذا كان واحدا او كان
تعدد

فصل في الحيطان

تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر احدهما واهدر الآخر

باب جناية البهيمة والجناية عليها

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان لان الجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان قوله لما اوطأت الدابة الصحيح
لما اوطئت الدابة وقيل يجوز ان يكون مفعولا لا ايطا محذوف وتقديره اوطات الدابة يدها او رجلها انسانا فيكون من باب فلان يعطي
وقوله ما اصابت بدلا من قوله الحرك او طاته الدابة والكدم العض بمقدم الاسنان والخبط الضرب باليد والصدم هو ان تضرب الشيء
بجسده ومنه اصطدام الفارسان اذا ضرب احدهما الآخر بنفسه ونفحت الدابة اذا ضربت بحد حافرها واعلم ان جناية الدابة
لا يخلو من اوجه ثلثة لانها اما ان تكون في ملك صاحبها او في ملك غيره او في طريق المسلمين فان كانت في ملك صاحبها ملكا كاملا او شركة
متساويا او متفاضلا فاما ان يكون صاحبها معها او لا يكون فان كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة او سائرة وطئت بيدها
او برجلها او نفحت او كدمت وان كان الاول فاما ان يكون سائقا لها او قائدا او اما ان يكون راكبا عليها فان كان الاول لم يضمن صاحبها
في الوجوه كلها اتلفت نفسا او مالا لان صاحبها في هذه الوجوه مسبب لاتصال اثر فعله بالتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة
والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدي في ارتباط الدابة او تسييرها في ملكه وان كان الثاني وهو تسييرها فان وطئت بيدها
او برجلها ضمن وان كدمت او نفحت بيدها او رجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لان في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان
ثقله وثقل الدابة اتصل بالمتلف فكانه وطئه جميعا والمباشر ضامن متعديا كان او لم يكن وفي الثاني مسبب غير متعد وان كانت
الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان ادخلها صاحبها فيه او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لانه ليس بمسبب ولا مباشر وان
كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقا او راكبا او قائدا او لا واقفة او سائرة لان صاحبها اما مباشر او
متعد اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير اذنه وان كانت في طريق المسلمين فقد اوقفها صاحبها عليه ضمن ما اتلفت في
الوجوه كلها لان الايقاف سبب متعد اذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاما ان يكون صاحبها معها او لم
يكن فان لم يكن فاما ان سارت بارساله او انفلتت فان كان الاول ضمن ما اتلفت ما لم يتحول عن جهة الارسال يمنة ويسرة لان الارسال فيها
مسبب للاتلاف وهو فيه متعد وان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما اتلفت راكبا كان او سائقا
او قائدا الا ان النفحة بالرجل او الذنب لانه مباشر او مسبب متعد والغرض من هذا الاسهاب بيان قول المصنف رحمه الله والراكب ضامن لما
اوطأت الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت انه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه لان هذا الجواب انما يستقيم في قوله ما اصابت بيدها
او برجلها لا يستقيم في قوله او كدمت او خبطت او صدمت فيما اذا كان في ملكه على ما اقر انفا وذكر الاصل الذي ينبني عليه هذه الفروع
فقال والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه لا يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره فان غيره فيه كهو في الاحتياج
فالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا والنظر الى حق غيره يستدعي الحجر مطلقا فقلنا بالاباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين بقدر الوسع
كلامه واضح وقوله والمرتدف فيما ذكرنا يعني في موجب الجناية كالراكب لان المعنى اي المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة بالتسيير على
ما مر لا يختلف لانها في ايديهما وتحت تصرفهما وقوله ثم هو يعني الايقاف اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه اي الايقاف ليس من ضرورات السير
لكنه مثله في كونه تصرفا في الدابة فيلحق به ووجه الاول انه اكثر ضررا لما انه اي الايقاف ادوم من السير فلا يلحق به وقوله وان تلف شيء من بيان
احكام الراكب من احكام السائق والقائد وقوله المراد النفحة اي من قوله لما اصابت بيدها او رجلها وانما فسره بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطء
فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لاصحابنا وقوله واليه مال بعض المشايخ يعني العراقيين وقوله وشمله الاحتراز عنه يعني
بابعاد الدابة عن المتلف او بالابعاد عنها وقوله وقال اكثر المشايخ يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله ما ذكرناه يعني قوله فلا يمكنه
التحرز وقوله عليه السلام الرجل جبار معطوف على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هدر وهو محمول على النفحة بالرجل لان الوطء مضمون بالاجماع وقوله
وانتقال الفعل جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان فعلها مضاف اليه يعني ان ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولا يجوز هو لان انتقال
الانتقال بتخويف القتل وههنا تخويف بالضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال ان بمعنى ان فعل
الآخر وهو تسيير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوي ما ذكر بقوله
والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار وانما في رواية الجامع الصغير لاشتماله على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله لما
ذكرنا اشارة الى قوله لان التلف بثقله وقوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه لا يتصل منها الى المحل شيء وقوله لان ذلك سبب الضمان
يعني ان كل واحد منهما بانفراده عامل في الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب اوجب ضمان ما اتلفت بالوطء وكذلك الركوب فلم
يجز ان يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا
لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذي هو مباشرة ويذكر تحقيقه في العلل ومقاصده فانه من مظانه
قال واذا اصطدم فارسان فماتا اصطدم الفارسان اي ضرب احدهما الآخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان
موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وما ذكر الشافعي وزفر رحمهما الله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روي
عن علي رضي الله عنه كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرناه يعني لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق وفيه
بحث من وجهين احدهما ان الخصم ايضا يرجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح
حجة لا مرجحا فلم يصلح مرجحا والجواب ان ما ذكره منقوض في الواقع في البئر جنسه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة

الصفي لا يصلح حجة وقوله وفي ذكر جواب عن السبيل المذكور اي جهتين وذلك ان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يعتبر في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية واما فيما نحن فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه اصلا فكان جنايته قائلة من غير معارضة احد له في قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الاخر لكن مشي سقط في البير ضمن الحافر وان كان السقوط بحفر والمشي جميعا لكن لما كان المشي مباحا لم يعتبر وقوله هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا اي وجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل منهما وفي الخطا الدية كاملة على ما ذكر في الكتاب الا انه ذكر الخطا في وضع المسألة والعمد في بيان قول الخصم وقوله فيأخذها اي قيمة العبد ورثة المقتول الحر قيل ينبغي ان يسقط عن العاقلة لان الدية اولا تثبت للميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون هنا موجب جناية فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم كما قلنا في امراة قطعت يد رجل خطا فتزوجها على اليد وما يحدث منه فان الدية تصير مهرا وتسقط عن العاقلة والجواب بان العوض انما يكون فيما اذا كان الواجب هو الجاني وههنا الراجح ورثته فبالنظر الى ان المستحق اولا هو الجاني يسقط وبالنظر الى ان الراجح غيره لا يسقط فلا يسقط الا بالشك والباقي واضح وقوله لانه قاصد بحفظ هذه الاشيا يعني السرج وهذه الادوات كما في المحمول على عاتقه اذا وقع على شي فاتلفه فانه يوجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله على ما مر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله ومن قاد قطارا القطار الابل يقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح قال وان ربط رجل بعيرا الى القطار رجل ربط بعيرا الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القايد او لم يعلم فان كان الثاني ووطي المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القايد الدية لامكان التحرز عن ربط البعير فاذا ترك ذلك صار مسببا متعديا والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطا ثم ترجع عاقلة القايد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة اي الجامع الصغير ووقع في عبارة المبسوط ضمن القايد ثم يرجع على الذي ربط البعير ووفق الامام المحبوبي بينهما بانه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان فانه في الحقيقة على القايد والرابط الا ان العواقل تتحمل عنهما واعتبر في الجامع الصغير حاصل الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا لان القايد حين علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشي ولم يذكره لظهوره وقوله اي لا يجب الضمان عليهما ابتداء وقوله قالوا يعني ان لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشايخ قالوا هذا اي رجوع عاقلة القايد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار يسير اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها فانه يضمنها القايد بلا رجوع على احد والوجه ما ذكر في الكتاب وقوله ومن ارسل بهيمة يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو ارسل كلبا ومعنى سوقه اياه ان يمشي خلفه ولو ارسل طيرا اي بازيا وسائقه فاصاب في فوره بان قتل صيدا [illegible] لم يضمن المرسل السايق لعدم اعتبار السوق والارسال فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم فقتل صيد الحرم لم يلزمه شي وقوله انقطع حكم الارسال كما لو لم ينعطف يمينا ويسيرا وقوله وكذا اذا وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال وقوله وهذه الي واقعة الدابة تنافي مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال السير لا الوقوف وقوله بخلاف معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت الفرق بين الوقفتين وقوله على فوره اي فور الارسال وهو ان لا يميل يمينا وشمالا وقوله تمام اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال وقوله قال محمد رحمه الله في المنفلتة اي البهيمة التي اهدر النبي صلعم فعلها هي المنفلتة لا التي ارسلت فان افعالها اذا كانت في فور الارسال ليس نحيلا كما ذكرنا انفا فكان [illegible] احترازا عن الاجرا على عمومه وقوله من الارسال والاشلاء او بقول من الارسال واخوانهما [illegible] الكلمة اذا السوق والقود لما كان اختيار افعال الارسال كان الارسال اختيارها والا يلزم جعل اسباب التعدي افعالا وبعضها اختيارا من غيره [illegible] وليس بشي لانه ليس [illegible] خولف [illegible] تقتضيه حتى يناقض على ذلك قال [illegible] شاة لقصاب ففقات عينها الحز القطع والجزور ما ينحر والجزور ما اعد من الابل للنحر يقع على الذكر والانثى وهو مؤنث وانما قال وجزورا ربع القيمة ولم يقل وبعير ليتبين ان البقر والابل وان اعد للحم كان [illegible] الجواب فيهما بالسوا لكونهما معدين للحم او للحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لم يوكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي فيه النقصان واعتباره بالشاة عمل بالظواهر ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه ان رسول الله صلعم اوجب ذلك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز ان يكون قضاء رسول الله صلعم فيما يوكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب [illegible] لما كول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في ماكول اللحم فيلحق به وقوله ولان فيها مقصدا سوى اللحم دليل معقول على ذلك وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة اذا المقصود منها اللحم وفقاء العين لا يفوته بل هو عيب يسير [illegible] المالية وقوله لانه انما يمكن اقامة العمل [illegible] دليل اخر وهو ايضا واضح لكن الاعتماد على الاول الا ترى ان العينين لا يضمنان بنصف القيمة كذا قاله شيخ الاسلام وانما قال ذلك لما ان المعول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه وقوله او نخسها يعني بغير اذن الراكب والنخس هو الطعن ومنه نخاس الدواب دلالها فان قيل القياس يقتضي ان يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لان التعدي ليس من شرطه فان لم تختص به فلا اقل من الشركة فالجواب ان القياس يترك بالاثر وفيه اثر عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقد اشار المصنف رحمه الله الى الجواب بقوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس لان الراكب قد انتقل الى الدابة لان الوثبة المهلكة انما كانت [illegible] في مصطلح اي حركته وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس لكونه الحامل على ذلك ملجئا كما الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما سلف في الدافع والمدفوع الى الشي وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا [illegible] الكامل فلا يجب عليه كمال المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبيب ايضا لانه لانعدام التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال النفي لم يوجب الضمان

فعلا

الضمان على الناخس دون الراكب والسايق ايضا عند اكثر المشايخ وفيما لا يمكن التحرز عنه فالجواب انه لا توجيه على السايق اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن حتى لو نخس وهو ماذون كان سايقا وامكان التحرز انما يعتبر في حق غير المتعدي وغير الماذون في ذلك متعد فلا يعتبر قوله ولان الناخس متعد في تسبيبه ذلك دليل اخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا اتلفته بالوطي لانه يكون التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفحة بالرجل والضرب باليد والصدمة فكان مسببا وترجح الناخس في التغريم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه فاعتبر موجبا في التغريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله لما بيناه اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسبيبه وليس بشي فتامل وقوله والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سوا يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بقوله احترازا عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه ينتصف الضمان هناك على ما قلتم وقوله والثاني اي الوطي مضاف الى الناخس لانه كالسايق له والسايق مع الراكب يضمنان ما وطيته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله وقوله مضاف اليهما اي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليه اي الى النخس وقوله ولا يتنافى من حيث انه اتلاف لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ورائه وقوله يقتصر عليه اي على الناخس لان الراكب اذن له بالسوق لا بالاتلاف وقوله والركوب وان كان علة جواب سوال تقديره الراكب صاحب علة للوطي على معنى انه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطي والاضافة الى العلة اولى ووجهه ان الركوب وان كان علة الوطي لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتاخره عن الركوب بل هو شرط او علة [illegible] والتسبيب للوطي فكان الوطي ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وضارب اذا امر صبيا يستمسك اي قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على احد اما على الصبي فلان مثله بمنزلة الرحل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما الرجل فلانه لم يسيرها وان لم يطيق سيرها الا انه كانت منفلتة وفعلها جبار وقوله والناخس اذا كان عبدا او نخس يعني بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع او يفدى والسايق [illegible] الخ

جنايات المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان جناية المملوك وهو العبد والامة ولا انحطاط رتبته عن رتبته لا يقال العبد لا يكون ادنى مرتبة من البهيمة فكيف اخر بيان جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السايق او القايد وهم ملاك قال [illegible] واذا جنى العبد جناية خطا اعلم ان التقييد بالخطا ههنا يفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدا اوجب القصاص اما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطا العبد وعمده فيما دون النفس سوا فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبيد والعبيد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه يعني بعد الاستيفا فانه لا يقضى على المولى بشي في ذلك حتى يبرا المجني عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحر وقد بينا انه جنايته في جناية الحر ان موجبها يختلف بالسراية وعدمها فالعقل قبل الاستيفا قضا بالمجهول وهو لا يجوز وقوله وفايدة الاختلاف في ان تبيع اي في بعد العتق فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفدا وقوله والمسالة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شا دفعه وان شا فداه وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل وعطا ومجاهد والزهري عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس اموالهم جناياتهم في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقوله فيجب في ذمته اي في ذمة العبد كما في الدين فان الدين في ذمته يكون متعلقا بمالية رقبته يباع فيه الا ان يقضي المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكما في الجناية على المال وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي رجلا خطا تجب ديته في ذمته لا على عاقلته كما في اتلاف المال وقوله العبد بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة وقوله ولنا ان الاصل الخ وفيه بحث وهو ان الحكم في المسالة مختلف فانه عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناه على اصل متفق الى ان يقوم لاحدنا حجة على الاخر ويمكن ان يقال الشافعي رحمه الله جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذ ابينا الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى المعنى الذي لا يعقل ابطاله ليس لمعترض على اصل يبطل بابداء الفارق على ان قوله ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف يبطل ايضا بقولنا الاصل ذلك في موجب جناية العمد او الخطا والاول مسلم ولا يفيده اذ الكلام في الخطا والثاني من النزاع وقوله لانه هو الجاني غير مفيد لانه يحتاج ان يقول والاصل في الجاني ان يكون موجب جنايته على نفسه لان المتلف هو مصادرة على المطلوب وقوله الا انه يخير استثنا من قوله والمولى عاقلته جوابا عما يقال لو كان المولى عاقلة لما كان مخيرا كما في سائر العواقل ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه ان الخطا يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثير ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف واما ههنا فالمولى واحد فاظهرناه فيه باثبات الخيار [illegible] غير ان الواجب الاصلي هو الدفع [illegible] لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر

الجاني اذا مات فانه العقل لا يسقط عن عاقلته ووجه ... الواجب الاصلي هو الدفع وان كان له حق النقل الى الفدا كما في مال الزكاة
فان الموجب الاصلي فيه جزء من النصاب وللمالك ان ينتقل الى القيمة ولهذا اي ولكون الواجب الاصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت
العبد لفوات المحل وقوله في الصحيح احتراز عن رواية اخرى ذكرها التمرتاشي ان الدية هو الاصل ولكن للمولى ان يدفع فهذا
الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الاسرار ان بعض مشايخنا ذكر ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله التخلص
بالدفع ثم قال والرواية بخلافه هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد وقوله بخلاف الجاني في جواب عما يذكر
هنا مستشهدا به كما ذكرناه انفا ووجهه ان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر فانها تجب عن العبد
على المولى ولا يسقط بموت العبد قال ـــ فان دفعه ملكه ولي الجناية فان دفع المولى العبد الى ملكه المجني عليه وان فداه
بارش الجناية وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان الواجب عند اختياره عين العبد وهو لا والتاجيل في الاعيان باطل لان
التاجيل شرع للتحصيل وقتيا وتحصيل الحاصل باطل واما الفدا فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع فقام مقامه ولهذا سمي فدا فاخذ
حكمه قيل هذا كون الشي بدلا عن شي لا يستلزم الاتحاد في الحكم الا ترى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد اي الحكم فان القصاص
لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدلا عن الوضوء والنية شرطه دون الاصل وغير ذلك والجواب
بان الفدا الواجب بمقابلة الجناية في النفس او العضو اشبه الدية والارش وتمامهما يثبتان موجلا وذلك يقتضي كون الفدا كذلك وان
اختاره المولى كان دينا في ذمته كساير الديون وذلك يقتضي كونه كذلك اي كساير الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا
لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام
حسن وان لم يكن في لفظ المص ما يشعر به ويجوز ان يقال الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين
عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت لذلك وهو ان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق
حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية بخلاف الحاق وفيما نحن فيه ليس امر ضروري يمنع عن الحاقه
الذي هو حكم اصله فيكون ملحقا به لا يقال قد يتضرر بوجو به لان ذلك لزمه باختياره على الرفع فهو ضرر مرضي وقوله
على ما بيناه اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصلي ما نان اي العبد اي بعد ما اختار المولى الفدا قولا او فعلا
لم يبرأ عن الفدا لو طولب بالفرق بين هذا وبين قصاص لكن ضمانه وان عن احدهما قولا لم يتعين وههنا قد تعين وجه ان
حقوق العباد واجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولا وفعلا واما حقوق الله فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به
وقوله لان تعلق الاولى اي الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق
المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون اخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن لم يؤد به لا يتعلق
ساير الديون كالرهن فقد تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع اجيب بان في الرهن ايفا واستيفا حكما فكان المرتهن
قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس في الجناية كذلك وقوله على قدر ارش جنايتهما لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه
فلا بد من ان ينقسم على قدر المعوض وقوله على ما ذكرنا يعني قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثاني وقوله على هذا
حكم الشجات يعني لو شج رجلا موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع الى صاحب العبد لان له خمسا به
والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له الفا والى صاحب المنقلة نصفا لان له الفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا وقوله وهي الجنايات
المختلفة يعني فيجوز ان يختار في احدهم خلاف ما اختاره في حق الاخر كما لو انفرد كل واحد منهم وقوله والحق يجب للمقتول جواب
عما يقال الحق وان كان يتحد بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب ان يكون حكم هذه المسئلة مثل
الاولى ووجهه انا لا نسلم ان المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول لان الانتقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما وللميت حكما فقط
لانه ليس من اهل الملكة حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت اصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل اولى
قال ـــ فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية الاصل في جنس هذه المسائل ان المولى اذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فان تصرفا
يعجزه عن الدفع صار مختارا للفدا او الافلا اذ المعلوم بالجناية لم يكن مختارا للفدا لكن يضمن الاقل من قيمة العبد ومن ارش الجناية وعلى هذا
يخرج الفروع المذكورة في الكتاب وقوله على هذين الوجهين يعني قبل العلم وبعده وقوله بخلاف الاقرار على رواية الاصل يعني اذا
جنى العبد جناية فقال وليها هو عبدك فادفعه او افده فقال هو لفلان الغايب وديعة عندي او عارية او اجارة او رهن لا يصير مختارا
للفدا لما ذكر ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقامها اخر الامر الى قدوم الغايب وان لم يقمها خوطب بالدفع او الفدا
ولا يصير مختارا للفدية مع تمكنه من الدفع وقوله والحقه الكرخي بالبيع واخواته في صيرورته مختارا لما ذكر في الكتاب قال في الايضاح
وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله واطلاق الجواب يريد قوله فمن الاقل من قيمته ومن ارشها الخ وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا
جنى العبد جناية خطأ لانه ينتظم النفس وما دونها وقوله وكذا المعنى لا يختلف لان كلا وليس مال وقوله لانه يزيل الملك الخ فائدة
ذلك دفع التخالف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس محتاج اليه وهنا وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ونقضه وبخلاف
العرض على البيع يعني لا يصير مختارا لانه لا يزيل الملك [illegible] الى قبيل المشتري بشرط الخيار للبايع بشرط الخيار لنفسه كان [illegible] البيع
بشرط الخيار لنفسه اذ العرض على البيع كان فاسخا للبيع فلم يكن للمولى بايع بشرط [illegible] لنفسه او بالعرض على البيع [illegible] للفدا

واجب

واجيب بان ثمة ضرورة لم يتحقق ههنا وهي انه لو لم يجعل مجيزا او في شي ... لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير نفاذ البيع في الاول
وتقدير الاجارة في الثانية واما ههنا فلم يجعل مختارا للفدا بهذا التصرف لم يتبين بالدفع انه يتصرف في ملك الغير فافترقا وقوله بخلاف
الكتابة الفاسدة بان كاتب المسلم عبده الجاني على خمر او خنزير فانه يصير مختارا للفدا لان موجبه ثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق
بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله فيما ذكرناه قيل يعني في اختيار الفدا او قيل في العلم بالجناية وقوله ولو
ضربه فنقصه يعني بان اثر فيه حتى صار مهزولا او قل قيمته بنفاذ اثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه واما
اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش الا ان يرضى ولي الدم ان يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضي
به ناقصا صار كان النقصان حصل بافة سماوية وقوله وكذا اذا كانت بكرا فوطئها يعني اذا صار مختارا للفدا وان لم يكن الوطي
معلقا لما قلنا انه حبس جزءا منه وقوله بخلاف التزويج يعني لا يصير به مختارا للفدا لانه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع وعلل
المص رحمه الله بقوله لانه عيب من حيث الحكم وذلك لا يثبت به اختيار الفدا كالواقف عليها بالسرقة عالما بالجناية فان بهذا الاقرار
يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكميا لم يثبت به اختيار الفدا وفيه اشارة الى رد طعن عيسى حيث قال التزويج تعييب وبالتعييب
يثبت اختيار الفدا كما لو ضرب على يدها وعيبها وذلك لان التعييب حقيقة يثبت به اختيار الفدا لان فيه حبس جزء منها واما
الحكمي فليس كذلك وقوله بخلاف وطي الثيب فانه به لا يصير مختارا للفدا اذا لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير
اعلاق وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف رحمه الله ان مطلق الوطي يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان الوطي
دليلا على امساك العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطي هناك فسخ البيع وان لم يكن
معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا كان معلقا اجيب بانه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطي حراما لانه اذا اختار العقد بعد ذلك ملكها المشتري
من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها فتبين ان الوطي حصل في غير ملكه فللتحرز عن ذلك جعلناه فسخا وهنا اذا دفعها بالجناية يملكها ولي الجناية
من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شي من زوائدها فلا يتبين ان الوطي كان في غير ملكه وقوله وبخلاف الاستخدام يعني لو استخدم العبد اي بعد العلم
بالجناية لا يكون مختارا للفدا حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة
والرهن في الاظهر لان الاجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد
الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلم يجعل ذلك اختيارا للفدا وقوله في الاظهر احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل
انه يكون مختارا في الاجارة والرهن لانه اثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وقوله وكذا الاذن في التجارة يعني لا يكون به مختارا لانه
لا يعجزه عن الدفع ولا ينتقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له
لان الغرماء يتبعونه ولولي الجناية اذا دفع اليه قبله ان يمتنع من قبوله قال ـــ ومن قال لعبده ان قتلت ومن علق عتق عبده بجناية
توجب الدية مثل ان يقول ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفدا ان فعل ذلك خلافا لزفر رحمه الله لان اختيار الفدا
ان يكون بعد الجناية والعلم وعند التكلم ليس شي منهما بموجود وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا او استشهد بالمسئلة المذكورة
في الكتاب فقوله بوسط وقوله ولانه حضه دليل اخر ومعناه ان المولى حض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل او الرمي او الشج بتعليق
اقوى الدواعي اليه اي الى الشرط وهو الحرية والظ انه يفعله رغبة منه في الحرية وهذا دلالة الاختيار وانما قلنا بجناية لانه لو علقه
بغيرها مثل ان يقول لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختارا للفدا لانتفاء العلم بالجناية
لا اتفاق عند التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علقه باقوى الدواعي اليه والظ وجوده فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا
بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شي وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بين ما اذا اعتقه وبين ما اذا لم يعتق
لانه اذا لم يعتقه وسوى تبين ان الصلح اي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ ان الواجب الاصلي هو الفدا
فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين اطراف الاحرار والعبيد واذا
تبين ان المال لم يكن واجبا وان الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لان الذي كان الصلح وقع عنه
وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا طلق امراته ثلاثا ثم وطيها في العدة
مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بجنايته وما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده
بتصحيح الصلح لان الظ من حال العاقل انه اذا اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا بالصلح الا بجعله صلحا عن الجناية وما يحدث
منها فيجعله صلحا عن ذلك مقتضى الاقدام على الاعتاق ويجعل كانه قال المولى اصالحك [illegible] لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان
بكونه عوضا عن الكثير ارضى وشرط صحة الاقتضاء وهو امكان المقتضي موجود ولهذا لو نص على ذلك فرضي به المولى صح فتبين انه اذا
اعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم
في العفو والقتل وقوله وذكر في بعض النسخ قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب اي كتاب الجامع الصغير هذه
المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة
وقوله على ما ذكرنا يعني وان لم يعتقه رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خيرتهم بين القتل والعفو وقوله وهذا الوضع يرد اشكالا قيل [illegible]
[illegible] وهو النسخة الغير المعروفة ان هذا الوضع يرد اشكالا لان دفع الفدا [illegible] بطريق الصلح والصلح يقتضي العفو

بالرق والحرية وعلم بنعت المولى عليه ولي
الجناية بتعليقه شيئا وقوله ووجه
ذلك يريد بيان الفرق صح صح

لانه ينبي عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوجه الاول لان الدفع ثمه ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق
الصلح لم يكن فيه حط شي فلا يرد اشكالا على مسلة العفو ولكن هذا الوضع اي وضع الجامع الصغير في النسخ المعروفة وغيرها يرد اشكالا
فيما اذا اعتق عبد اليد وسرى الي النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب واختلف المشايخ في الجواب عن ذلك فقال
بعضهم ما ذكره من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسلة
على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان تجب الدية وفي مسلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص
فكان الوضع في هذه المسلة وتلك على القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهو ان العفو
البدء ظاهر لان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا وتبطل الجناية كذلك لان العفو عنها يبطلها فبعد ذلك وان
بطل العفو بالسراية حكما يبقي موجودا حقيقة وذلك كاف لمنع القصاص اما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها
على مال فاذا لم تمنع الجناية لم تمنع العقوبة ههنا هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل وهو قوله لانه اقدم
على الاعتاق يدل على قصده الخ وقوله فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لصاحب الجناية يعني اذا كانت القيمة اكثر من الارش
وقوله اتلف حقين واضح وقوله ويمكن الجمع بين الحقين جواب عما يقال الا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك
عند الاجتماع لجواز ان يكونا متنافيين فلا يجتمعان لكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه ان الجمع بينهما ممكن ايفاء من الرقبة الواحدة
بان يدفع الي ولي الجناية ثم يباع للغرما فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما به والاصل ان العبد اذا اجتمع عليه دين وجناية يخير المولى
بين الدفع والفدا فان دفع بيع في دين الغرما فان فضل شي كان لاصحاب الجناية وانما بدا بالدفع لان به توفير الحقين فان حق ولي
الجناية يصير موفي بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ومتي بدا بالبيع في الدين تعذر الدفع بالجناية لانه يجدد المشتري
الملك ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فايدة الدفع اذا كان البيع بعده واجبا اجيب بان فايدته اثبات حق الاستخلاص لولي الجناية
بالفدا بالدين فان للناس في الاعيان اغراضا وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجبها صيرورته جزا فاذا كان مشغولا
وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شي صرف الي اولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تاخر الي حال الحرية
كما لو بيع على ملك المولي الاول وانما قيد المسلة بعدم العلم ليبني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه
الدية اذا كانت الجناية في النفس لاوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة
وقد مر وقوله بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي واضح وقوله فلا يظهر في مقابلة الحق يعني حق الدفع لانه دونه اي الحق دون الملك فيكون الحق
مع الملك مرجوحا قال واذا استدانت الامة الماذون لها ثم ولدت فرق بين ولادة الامة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد
جنايتها في ان الولد يباع معها في الاولي دون الثانية بان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتي صار المولي
ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او غيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية القارة في الام فتسري الي الولد كالكتابة والتدبير والرهن
واما موجب الجناية فالدفع او الفدا وذلك في ذمة المولي لا في ذمتها حتي لم يصر المولي ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة واستخدام
وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع فلا يسري الي الولد لكونه وصفا غير قار حصل عند الدفع وقوله فالسراية في الاوصاف الشرعية
دون الاوصاف الحقيقية بناء على ان الوصف الحقيقي في محل لا يمكن ان ينتقل الي غيره واما الوصف الشرعي فهو امر اعتباري يتحول
واعترض بوجهين احدهما لا نسلم ان دين الامة في ذمتها فان المولي ان اعتقها ضمن قيمتها وان كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديونا
فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا لما سري اثر الدفع الي الارش المتحتم بجناية جني عليها جان ودفعه اليها بطريق
الاولي لما ان ولدها جزوها وارشها ليس كذلك فلما لم يسر الي جزوها لكونه اثر فعل حقيقي كان اولي ان لا يسري الي ما ليس بجز منها واجيب
عن الاول بان وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولي لتفويته ما تعلق به حق الغرما بيعا واستيفا من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على
المولي والا لوجب عليه ايفا الديون لا ضمان قيمة العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف والدين واعتبارا بلغه
من العين ضمان وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهي مسلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المعنى موجود في صورة النزاع فلا
اعتبر لان الاتلاف هناك لاقي محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة النقض فان قلت اذا كان تخصيص العلة قلت محصله معلوم وعن الثاني
بان الارش بدل جز منفصل فان الجناية وولي الجناية فلما استحقها بكل جز منها قام من الاجزاء بعوض قام العوض مقامه كما لو قتلت واخذ المولي
قيمتها كان عليه دفعها الي ولي الجناية اعتبارا للجز بالكل بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بجز ولا بدلا عن جز وقوله واذا كان العبد
لرجل صورته المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله ابرا العبد يعني من كل
الدية لا من قسطه فيها وابرا المولي لانه لم يدع عليه بعد الجناية اعتاقا حتي يصير به مختارا للفدا ان علم بذلك او مستهلكا حق المجني عليه ان لم
يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على اخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولي بشي ولا على العاقلة الا بحجة وقوله واذا اعتق العبد يعني اذا اعتق
عبد معروف بالرق فقال لرجل قتلت اخاك خطا وانا عبد وقال الاخر بل قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لانه اسند اقراره
الي حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معروف الرق والوجوب في جناية العبد على المولي دفعا او فدا واعترض بان العبد
فادعي تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر في ذلك التاريخ فينبغي ان يكون القول قوله واجيب بان اعتبار التاريخ للمنافي لوجود
اصل الاقرار وهو منكر الضمان فصار كمن يقول لعبده اعتقتك قبل ان تخلق او اقبل ان اخلق وقوله لان القول قوله يعني مع يمينه وقوله لانه منكر

بيع من هو

اشاره

اشاره الي قوله لانه منكر للضمان قال ومن اعتق جاريه ثم قال لها هذه المسلة ايضا مبنية على اسناد الاقرار الي حالة منافية للضمان
ومعني قوله الا الجماع والغلة ان يقول لها جامعتك وانت امتي او اخذت منك غلة عملك وانت امتي وقالت بل كان بعد العتق فان القول قول
المقر الذي هو المولي استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يضمن الا شيئا قائما بعينه فانه يومر برده عليها يعني
لو كان اقر بانه اخذ شيئا منها بعينه والماخوذ قائم بيده واختلف فيه على هذا الوجه فان الرد يجب عليه بناء منهما على الاصل المذكور وان
عجز بحلف الشي القايم بعينه انه اقر بيده اي بيد الماخوذ منه حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعي التملك عليه وهو المنكر والقول قول
المنكر فلهذا يومر بالرد عليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعي ما يبريه فلا يكون القول له وهذا لانه ما اسنده الي حالة منافية للضمان
لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولي امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت
مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل فيهما الاسناد الي حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما فانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقات عينك
اليمني وعيني اليمني صحيحة ثم فقئت يريد به انه عرض لك العين قصاصا وارشا وقال المقر له بل فقاتها وعينك مفقوءة يريد به
وجوب نصف الدية وهذا بناء على ان جني العضو المتلف اذا كان صحيحا حال الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على اصل اصحابنا
موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العدول الي المال فقال العدول واذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص
كما اذا قطع يمين شخص ثم ثلث يمينه وفقا العين بالتفويت لا قصاص فيه فلا يستقيم الاصل المذكور واجيب بان المراد فقا ذهب به نورها
ولم ينخسف والقصاص فيه جار وقوله وكذا التضمين في مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن ليس له تعلق بما نحن فيه من مسلة القطع لكنه ذكره بيانا
لمسلة اخري صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم اخذت منك مالا وانت
حربي فقال بل اخذته وانا مسلم فانها على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد انه اسند اقراره الي حالة معهودة منافية للضمان
ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا فكان قد اقر بسبب الضمان ثم ادعي ما يبريه فلا يسمع الا بحجة والله اعلم
والحاصل ان هذه المسلة على ثلثة اوجه في وجه يكون القول قول المولي وهو ما اذا اخذ الغلة او وطيها وفي وجه يكون القول قول الجارية
وهو ما اذا اقر المولي انه اخذ منها مالا وهو قايم في يده وفي وجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها او قطع يدها وقد اتفقوا على اصلين احدهما
ان الاسناد الي حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به والاخر ان من اقر بسبب الضمان ثم ادعي ما يبريه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه
الاول مخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثالث خرجه محمد على الاول وهما على الثاني وقوله واذا امر العبد المحجور على الوجه الذي ذكر
ظاهر وقوله على ما بينا من قبل اشاره الي ما ذكره قبيل فصل الجنين وقوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة اي المحذورة في اعطا الزيادة لانه
يتخلص عن عهدة الضمان باعطا الاقل من قيمة العبد او قيمة العبد لانه اتلفه بامره ما هو الاقل منهما قال واذا قتل العبد رجلين عمدا لكل
واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان دفعه مولاه الي الاخرين كان ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله واصل هذا ما اتفقوا عليه ان قسمة
العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغرماء في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فيثبت حق
كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه واما اذا وجبت قسمة العين ابتدا لا بسبب دين في الذمة كمسلة بيع الفضولي وهو
ان فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضولي اخر باع نصفه واجاز المالك كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة
لان الحق الثابت في العين ابتدا لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال واذا ثبت هذا
قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسلة ثلاثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطا وربعه للساكت لان ولي العمد لما كان حقه في جميع
الرقبة فاذا عفا احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق ولي الخطا به اي النصف بلا منازعة بقي النصف الاخر واستوت منازعتهما وولي الخطا
والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسلة الفضوليين
ولابي حنيفة ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة وهذا
لان حق ولي الخطا في عشرة الاف وحق الشريك العافي خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة الاف درهم الفان لرجل والف
لاخر ومات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاه لصاحب الالفين وثلثه لصاحب الالف
كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتدا وقوله واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولي لهما فسره المصنف
بقوله اي قريبا لهما قال الله تعالي واني خفت الموالي من ورائي اي الاقارب ويحتمل ان يراد به عبد لهما اعتقاه فعفا احدهما بطل
حق الاخر في النفس والمال جميعا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقال للعافي ادفع نصف نصيبك الي شريكك او افده بربع الدية وذكر
في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع ابي حنيفة والاشهر انه مع ابي يوسف قال ابو يوسف ومحمد ان حق كل واحد من المولين في نصف
القصاص كان شايعا لان ملك المولي لا ينافي استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم مبقي على اصل الحرية والمولي منه كاجنبي فيستحق
دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالا غير انه شايع في الكل فيكون نصفه
في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولي لا يستوجب على عبده دينا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف
وهو الربع او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة رحمه الله ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الاخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في
ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي
فانقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية

في هذا الموضع اختلافا كثيرا والتعويل على المسموع فصل لما فرغ عن بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية
على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة
الاف درهم او اكثر قضي له بعشرة الاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضي لها بخمسة الاف الا عشرة عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف اخرا وهو قول الشافعي رحمه الله تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب
عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا [illegible] بالقيمة امانة بدل
المالية فلا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية
اصلا ان بقي العين او بدلا ان هلكت وصار كقليل القيمة وكالغصب واما ان بدل المالية بالقيمة فظ وهو اكثر تحري ترجيحا لجانب المالية
على الادمية لان المالية واجب الرعاية والرعاية في ذلك اكثر لان المال [illegible] النفس [illegible] ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله ووجه الاستدلال ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ [illegible] والدية اسم للواجب عبد او
بمقابلة الادمية ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والادمية اعلاهما
لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الادمية اصل لقيام المالية
بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم ان الجمع بينهما متعذر بل بايجاب القيمة بالغة ما
بلغت يوجد الجمع بينهما اجيب بان الجمع ان يوجد بايجاب [illegible] كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به للحجة عن الاجماع وقوله [illegible] وقوله و
الغصب جواب عن قولهما وكان كالغصب وقوله وبقاء العقد جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع وقوله وفي قليل القيمة جواب عن
قولهما وصار كقليل القيمة وقوله باثر ابن مسعود وهو في بعض النسخ ابن عباس وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص
منه عشرة دراهم والاول اصح لموافقته لاكثر النسخ واعترض بان اثر ابن مسعود رضي الله عنه معارض بما روي ان عمر وعليا وابن عمر رضي
الله عنهم اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت واجيب بان المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ارجح لان فيه ذكر المقدار وهو
لا يهتدى اليه العقل وليس فيما روي عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولا على انهم قالوا
بالرأي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله لا يزاد على خمسة الاف الا خمسة اي لا يزاد على [illegible]
قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط ما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه [illegible] لانه لا يتعين
بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا رحمه الله قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي
الى انه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى ان قال فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة الاف الا خمسة
وقوله لان القيمة في العبد كالدية في الحر يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية اذ هو اي القيمة
بدل الدم على ما قررنا اشارة الى قوله ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله وقوله وان عقب امته ظ قال ومن قطع
يد عبد فاعتقه المولى فصورة المسئلة ظاهرة وكذا تخريج المولى وقوله في الوجه الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله
لاشتباه من له الحق يعني المستوفي وجهالته يمنع القصاص وقوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى وفيه اي في وجه
على وجه يستوفى لا على اصل الوجوب لانه لافادة الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل اي في تعذر الاستيفاء وقيل اي في
تحقق الاشتباه من له القصاص ومعناه ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق استيفاء من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن
فيه فيتعذر الاستيفاء وقوله واجتماعهما لا يزيل الاشتباه جواب عما يقال سلمنا ان من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه
ان اجتماعهما لا يزيله لان الملكين في الحالين مختلف فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت
الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لاخر فان لكل واحد
منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان
الا فيه فات لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الاخر وزال
الاشتباه وقوله على اعتبار احدى الحالتين وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت قبل العتق والحالة الاخرى هي
حالة الموت بعد العتق وقوله فيما يحتاط فيه يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فانه يحترز بهذا عما قال لا اذا كان على الغرماء [illegible] فقال له
المقر له [illegible] من ثمن مبيع فانه يقضي بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يجري البدل والاباحة فيها فلا يبالي باختلاف
السبب كذا في الشروح وفيه نظر فان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهة والاموال ليست كذلك والاولى
ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد لعدم بطلان الوطي وهو ما يثبت بالشبهات او يفسر بالذي لا يجري فيه البدل وهو راجع
الى الاول فقوله ولان الاعتاق قاطع للسراية [illegible] لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا ترى ان من
جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان فان كان [illegible]
وان كان عبدا فعند محمد [illegible] لا يفصل بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية [illegible] القصاص
كانه تلف بآفة سماوية فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى [illegible] اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية [illegible]
اذ السراية تبين ان قتل لا قطع ولهذا لا نتيقن بثبوت الولاية للاستيفاء الى العبد لان [illegible] وهو المولى معلوم [illegible]

استيفاء القصاص فيتحد موجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الاول يعني اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص
بالاتفاق لان المقضي له مجهول لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة ولا معتبر باختلاف
السبب هنا اي في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى في العمد لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين
لو العبد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعني المستشهد بها بقوله كما اذا قال لاخر بعتني هذه الجارية الخ فان الحكم فيها يختلف لان ملك اليمين
يخالف [illegible] ملك النكاح حكما لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين هذا لا يثبته ولو اثبته لم يكن مقصودا فاختلف الحكم
ما اختلف السبب وقوله والاعتاق لا يقطع السراية جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية ومعناه ان الاعتاق قاطع للسراية في
صورة الخطأ دون العمد وذلك لانه لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال فكون
الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق وعلى اعتبار حالة الموت يكون للموت لحريته فيقضي منه دينه وينفذ منه وصاياه فجاء الاشتباه اما
العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه اذ الفرض انه لا وارث سواه فلا
اشتباه فيمن له الحق والحاصل من هذا كله ان صورة من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى ثم مات لا يزيد على اربع لانه اما ان قطع عمدا او خطأ
فان كان الاول فاما ان يكون للعبد وارث سوى المولى او لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص بجهالة
المقضي له والمقضي به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد وان كان الثاني فالاعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث او لم يكن
فلا يجب القيمة او الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظ قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شج اي فقال لعبديه احدكما حر ثم
شج فاوقع العتق على احدهما اي ثم بين ذلك المبهم بتعيين في احدهما وانما ذكر بلفظ اوقع ليدل على ان العتق لم ينزل على احدهما في حق
الارش معينا وان كان نازلا وقوع العتق على احدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فانه اذا قال احدكما حر ثم مات احدهما او قتل تعين
العتق في الاخر فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشج يصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشج فيكون ارشهما للمالك ولو قتلهما
رجل تجب دية حر وقيمة عبد لا قيمة عبدين ولا دية حرين ووجه الفرق ان البيان وهو تعليق العتق المبهم في احدهما انشاء من وجه واظهار
من وجه على ما عرف في اصول الفقه ان البيان انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء ولو مات احدهما فبين العتق فيه لا يصح واظهار من وجه
حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه اذ المرء لا يجبر على انشاء العتق والعبد بعد الشج محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد
الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل والاصل
في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا او اثنين فان كان واحدا فاما ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب
القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظ فان كانت لكل واحد منهما تجب دية في حال وقيمة في حال فيقسم ذلك باعتبار
الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا او حرا فقتله
الحر يوجب الدية وليس احدهما اولى من الاخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما فان كان الثاني فقد تعينت
الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلاهما معا او متعاقبا
فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق العين [illegible] غير نازل
وهو نازل في المنكر ولا يتيقن ان كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للمولى او للورثة [illegible]
سوا النصف للمولى لكل واحد منهما والنصف للورثة لان كل واحد منهما العتق في حق المولى كانا ثابت في احدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك
عليهما نصفين وان لم يدر ايهما قتل اولا فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته
لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المصنف رحمه الله فيما اذا كان قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا او اثنين وقوله ولان
الفعل معطوف على ان في قوله والفرق ان البيان انشاء ووجهه ان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد بدون العتق من اهلية الولاية
[illegible] والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم
[illegible] البيان بتعيين المبهم في احدهما بعينه فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس لانها محل العتق دون الاطراف لانه انما حلها
فيبقى العبد مملوكا في حق الاطراف على اصل القياس قال ومن فقأ عيني مملوك هذه المسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي
رحمه الله كذلك وقاس على ما اذا قطع يدي حر او مدبر او على ما اذا قطع احدى يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة
في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب
[illegible] بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولانها اولى باعتبار المالية فيها لانها تسلك بها مسلك الاموال واذا كانت معتبرة في الاطراف
[illegible] في الذات وفوات [illegible] كفوات الذات [illegible] الاطراف [illegible] بتفويت جنس
المنفعة فيه الضمان والضمان يتقدر بقيمة الكل فاذا ادى قيمة الكل يقتضي تملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني
[illegible] لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد
تفويت جنس المنفعة حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس ولما فرغ من الاستدلال على [illegible] شرع في الاستدلال للبعض احتياطا فقال وله
اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي ذكرناه [illegible] ان شاء امسك العبد
[illegible] الملازمة بقوله كما في تحرق الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا [illegible] فيخير المالك [illegible] بالقيمة وضمنه قيمته وان شاء

اسكه الثوب وضمنه قيمة النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدورة فيه وفي الاطراف الفائت ان عبد الاخذ
وهو واضح وقوله ثم من احكام الاولى اي الادمية ان لا ينقسم على الاجزاء اي لا تتوزع كما لا يدل النفس على النفس والفايت من الطرف بان يكون بازاء
الفايت لا غير كما في فقء عيني الحر ولا يتملك الجثة وقوله ومن احكام الثانية اي المالية ان ينقسم اي موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء او الجثة
ويملك الجثة كما في تخريق الثوب فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم يعني بالنظر الى الادمية ينبغي ان لا يجب الضمان متوزعا بازاء الفايت لا غير
وبالنظر الى المالية ليس له ان ياخذ كل بدل العين مع امساكه الجثة كما انه ليس له ذلك في المال وفيما قالا الفايت الادمية حيث جعلاه كالثوب
المحروق وفيما قاله الشافعي الغى جانب المالية اصلا حيث جعله كما فقأ عينيه فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته
نظرا الى المالية وان شاء امسكه ولا شيء له نظرا الى الادمية والله اعلم

فصل في جناية المدبر وام الولد

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد
غير ان ام الولد احط رتبة ايضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى ايضا فالانوثة
والانحطاط في اسم المملوكية اوجبا تاخير ذكرها عن ذكر المدبر قال — واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى جناية المدبر فعل عبده
في ماله دون عاقلته حالة لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكره عليه
احد فحل محل الاجماع ولانه صار مانعا من تسليمه كما ذكره في الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش
ولا منع من المولى في اكثر من القيمة وقوله ولا تخيير بين الاقل والاكثر واضح وقوله ويتضاربون بالحصص فيها اي في القيمة وتعتبر قيمته لكل واحد
في حال الجناية عليه قال في النهاية ومن صورته ما ذكر في المبسوط وقال واذا قتل المدبر رجلا خطا وقيمته الف درهم ثم زادت قيمته الى الفين
ثم قتل آخر خطا ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطا فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على الثاني وقيمته الفان ولو لم يكن
منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الف من هذا لولي القتيل الاوسط خاصة لان حق الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى عليه
وليه وهو الف درهم فلا حق له في الالف الثانية فيسلم ذلك الى القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى بين ولي القتيل الاول وبين الاوسط
لانه لا حق في هذه الخمسمائة لولي القتيل الثالث وان حقه في قيمته يوم جنى عليه وليه فيقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها
الاول بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف لانه ما وصل
اليه شيء من حقه ويضرب الاول بعشرة آلاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار الماخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بالذي
في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله فلا شيء عليه اي على المولى لانه ما لزمه اكثر من قيمة واحدة بجنايات وهو
مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء وقوله وان دفع قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار اي فولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بنصف القيمة
في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا شيء على المولى لانه ليس بجان في الدفع لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار كما اذا دفع
بالقضاء لانه فعل بنفسه عين ما يامره القاضي به لو رفع اليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة ولابي حنيفة رحمه الله
ان كل واحد من الدافع والقابض جان اما الدافع فهو المولى فلانه دفع حق ولي الجناية الثانية طوعا واما القابض فهو ولي الجناية
الاولى فيقبض حق ولاية الجناية الثانية ظلما والرجوع على الجاني جائز فيتخير في الرجوع وبين ذلك بقوله وهذا لان الثانية مقارنة حكما
من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلناها كالمقارنة للاولى
في حق التضمين لابطاله اي لابطال المولى ما تعلق به من حق ولاية الجناية الثانية وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير
الى بقي وذلك في حق اولياء الجنايتين سواء فيجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا وهناك لو دفع الى احدهما جميع القيمة
بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك ههنا وقوله عملا بالشبهين يعني لما عملنا بشبه التاخير في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية
في حقها وجب ان نعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه
ابطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتاخر وقوله واذا اعتق المولى المدبر
واضح

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب
ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به قال — ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ذكر في هذه المسألة ان غصب العبد بعد ان
قطع المولى يده فمات من السراية وقبله لا يقطع وفرق بينهما بان الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك في يده فيجب قيمته اقطع
ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لا يكون مستردا وانه
استولى عليه وهو استرداد فيبرا الغاصب عن الضمان واعترض الامام قاضي خان بان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع
السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضى لان السراية انما يقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على
الغاصب اما قبله فلا قال الفقيه ابي الفرهين رحمه في الباب الثاني من جنايات الا انه انما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان
السراية وان لم تنقطع بالغصب وردت على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرا عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع
لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او بما هو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية ثابتة حكما
لا حقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما لا [يرفع] الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب بانفصال السراية

الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان وفيه نظر لانا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان
حكما الا بكمالها واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا لا يصلح معارضا ولا مرجحا وقوله واذا غصب العبد المحجور عليه واضح وقوله يواخذ بها
يعني في حال رقه واما في اقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يواخذ به في رقه وانما يواخذ به
بعد الحرية وقوله ومن غصب مدبرا واضح وقوله من غير ان يصير مختارا للفداء لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل
فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم بالجناية فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله فيصير ظاهرا وقوله فصارت كما
اذا استحق نصف العبد بهذا السبب اي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى في يده فرده الى المولى فجنى جناية فدفع الى
ولي الجنايتين كان للمولى ان ياخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله ويدفعه اي النصف الماخوذ من الغاصب الى ولي الجناية
الاولى ثم يرجع بذلك اي بالمدفوع الى ولي الجناية على الغاصب وهذا اي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له اي لا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لان الذي يرجع به المولى على الغاصب
عوض ما سلم من جهته لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه لئلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد ولهما ان حق الاول في جميع
القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه فيه احد وانما انتقص حقه بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا اخذه
اتماما لحقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب واعترض بان الثانية مقارنة
للاولى فكيف يكون للاول حق في جميع القيمة والجواب ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت
موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع قال — وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل هذه المسألة عكس المسألة
المتقدمة من حيث الوضع وحكمها ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق لمحمد بينها وبين المسألة المتقدمة انه متى دفع النصف المعوض من الغاصب الى ولي
الجناية الاولى لم يؤد الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما اخذه المولى من الغاصب واذا لم يكن بدلا عما
دفع اليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل وقوله ثم وضع يعني ان محمدا رحمه الله وضع في الجامع الصغير هذه المسألة في العبد بعد ما وضعها
في المدبر وكلامه فيه واضح وقوله ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية كذلك وقوله ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف يعني قال بعض المشايخ
في هذه المسألة خلاف محمد ايضا كما في المسألة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا ياخذ ولي الجناية الاولى ما بقي من حقه
وقيل على الاتفاق وياخذ ولي الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى اذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح لان محمدا رحمه الله
ذكر هذه المسالة في الجامع الصغير بلا خلاف وكذا اقره فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير فعلى هذا احتاج محمد الى الفرق بين
المسالتين وقد ذكر في الكتاب لكن قوله اما في هذه المسالة فيمكن الخ فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى
منه حقها اول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل الماخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه وقوله ومن غصب صبيا حرا اي ذهب به
بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو ان يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه ظاهر الا انه يرد على
وجه الاستحسان ما اذا غصب مكاتبا ونقله الى هذه الاماكن وهلك فانه لا ضمان والتعدي في التسبيب فيه موجود واجيب بان المكاتب
في يد نفسه وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن بغير ما اصابه شيء من ذلك اجيب بان حكمه ان ينظر الى النافل
فيه ولم يمكن الى التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يعجز عن حفظ نفسه لا يضمن
لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الكبير المقيد بحيث
لا يمكنه حفظ نفسه قال — واذا اودع صبي عبدا فقتله كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن اودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان
عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه وقد قبل الوديعة
بامر وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو
يوسف رحمه الله يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تقييم حسن وقوله و
يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق يساعده فيه فخر الاسلام حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا واما في غيره من شروح الجامع الصغير
لصدر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيه هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا
فلا يضمن في قولهم جميعا وقوله وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع يعني انه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك
في حق الصبي المودع ليثبت في حق غيره ايضا لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من اتلفه لا يجب الضمان عليه
ومعنى التسليط تحويل يده في المال اليه وقوله في يد مانعه اي من الايداع والاعارة يعني ان المودع وضع المال في يد مانعه عن الايداع
ومن فعل ذلك لا يستحق النظر لانه اوقع ماله في يد غيره عليه باختياره الا اذا كان وضعه فيها باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم
توجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهته وفي قوله لانه لا ولاية له على الصبي نظر لان اقامة
غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية المقيم على المقام مقام نفسه والا لما صح في باب الوديعة ويمكن ان يقال انما قال ذلك جوابا عما
يقال لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف لضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير لان التسليم اليه تضييع على
التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فكانه قال اقامة غيره مقام نفسه يستلزم اما ولاية المقيم على من اقامه مقام نفسه
كما في هذه الصورة او ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور الودائع ولم يوجد شيء من ذلك في ايداع الصبي الاجنبي وقوله لان عصمته لحقه اي

بحق العبد لا باعتبار ان المالك يعصمه لان عصمة المالك انما يعتبر ان له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى
ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا او كبيرا بخلاف سائر
الاموال فان للمالك ان يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ويتوقف بها او ذبح الصبي شاة فخنقها فانه لا يضمن وديعة
اما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب ان كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه اجنبيا والشاة ليست كذلك وانما لا يملك قتلها
من حيث انه تضييع فكان كالتسبيب وقوله لانه سقطت العصمة بالاضافة الذي وقع في يده المال دون غيره يعني ان المالك بالايداع عند الصبي
انما اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان

باب القسامة

لما كان امر القتيل في بعض الاحوال تؤول الى القسامة ذكرها في اخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة
او دار وجد فيها قتيل به اثر يقول كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل فيما ذكرنا وركنها اجراء اليمين المذكورة على
لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا او الحبس الى
الحلف ان ابوا ان ادعى الولي العمد وبالدية عند النكول ان ادعى الخطا ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل
عن القصاص ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ما سياتي فقوله تخيرهم الولي اي يختار من القوم من يحلفهم وقوله بالله ما قتلناه
على طريق الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز انه باشر القتل بنفسه فيجترئ
على اليمين بالله ما قتلنا وقوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له مذهبه اي مذهب الشافعي كذهبنا غير انه لا يكرر اليمين وقوله ولان اليمين حجة
على من يشهد له الظاهر كما في سائر الدعاوي فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فاما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث
فيكون اليمين له حجة وبقية كلامه واضح وقوله لانه يمين وليس بشهادة يحترز به عن اللعان حيث لا يجوز اللعان ممن ان اللعان منها دون الاحصان
والحدود في القذف ليس من اهل ادائها وقوله واذا حلفوا اقضي على اهل المحلة اي على عاقلة اهل المحلة بالدية في ثلث سنين قوله تبريكم
اليهود بايمانها قصته ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا الى التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله
ابن سهل قتيلا في قليب من خيبر يتشحط في دمه فجاءوا الى رسول الله صلعم ليخبروه فاراد عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان يتكلم فقال صلعم الكبر الكبر
فتكلم احد عميه حويصة او محيصة وهو الاكبر منهما واخبره بذلك فقال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود فقال عليه السلام تبريكم اليهود بايمانها
فقالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه فقال عليه السلام اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على امر لم نعاين
ولم نشاهد فكره رسول الله صلعم ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة واستدل الشافعي رحمه الله بقوله تبريكم اليهود بايمانها على انه
لا دية بعد الحلف والا لما كان ثمه براءة ووجه [illegible] قبيله وقوله يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب اي في كتاب القدوري يشير به
الى ما ذكر بقوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الخ وهكذا الجواب في المبسوط يعني اوجب القسامة
والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه وقوله على اختلاف معني في كتاب الدعوى بين ابي حنيفة وصاحبيه حيث قال ومن ادعى
قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع الخ قال وان لم يكمل اهل المحلة خمسين وان اليه اي اتى اليه واهل اللغة يقولون وافاه
ولم يذكر الالف وحكمه حكم ديته وذكره وذكر انهم يحلفوا وقد قيل اي صعد من جوفه واما اذا نزل من راسه الى فيه فليس يصلح دليلا
على القتل [illegible] الاسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر وقوله ولانا لو اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان وفي بعض النسخ تتكرر
وذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب بالاكثر اذا وجد وكذلك لو وجب بالنصف الاخر فتتكرر القسامتان والديتان في نفس واحدة
وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي ان تجب القسامة اذا وجد الراس لانه يعبر به عن جميع البدن اجيب بان ذاك بطريق المجاز والمعتبر الحقيقة
ولانه لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الاولى فيلزم التكرار وقيل كان ينبغي ان يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية
لان غرضه ثبوت القسامة مكررا او ثبوت الدية مكررا وعبارة التثنية يستلزم ان يكون اكثر من القسامتين والديتين ويجوز ان يكون
مراده القسامتان والديتان على القطعتين [illegible] وقوله والمعنى ما اشرنا اليه يريد به التكرار المذكور وعدمه وقوله
لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا اعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم
صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها واجيب عنه بانه انما لم تجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك
بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا
انفصل تام الخلقة وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للانفس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر واذا لم يكن الظاهر
من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا انفصل ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا
ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وهذا كما ترى يمنع تطويلا لم يرد السوال وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال
وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى والصواب ان يقال الظاهر انما اعتبر دافعا [illegible]
دليل للاستحقاق وهو حديث حمل بن مالك وهو قوله عليه السلام اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه قال واذا وجد القتيل على
دابة يسوقها رجل اذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السايق دون اهل المحلة سواء كان مالكها او لم يكن وكذا
اذا كان قائدها او راكبها لانه في يده فصار كما اذا كان في داره [illegible] اجتمع الراكب والسايق والقايد فالدية عليهم لان القتيل في
ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المحلة وبين ما اذا وجد القتيل في الدار فان الدية هناك على عاقلته [illegible]

عليهم سواء كانوا ملاكا او لم يكونوا وقال على المالك لا على السكان واجاب اولا بانا لا نسلم ان الدية لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه
والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقوله القايد او السايق او الراكب واما اذا كان لها مالك معروف فانها
تجب عليه وثانيا وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب ان القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك
معروف او لم يكن والفرق ان المعتبر في هذا الباب للراي والتصرف والتدبير وذلك في الدار الى المالك لان يده لا ينقطع عنها بالاجارة واما الدابة
فالتصرف والراي والتدبير الى من بيده الدابة لان يد المالك عنها بالاجارة [illegible] تكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله واذا
[illegible] قبيلتان [illegible] وقوله ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك يشير الى اختلاط السكان بالملاك وقوله وهو قول محمد يشير
الى ان محمدا في هذا القول باصيل فانه ذكر في الاسرار بعدما ذكر الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف هذا الاختلاف فقال وقول محمد
مضطرب وقال ابو يوسف يعني اولا وكان قوله اولا كقولهما وما بعده ظاهر وقوله وهو على اهل الخطة دون المشترين الخطة المكان المختط
لمكان دار [illegible] ومعناه على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا ملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين فانه يخط
خطة لتمييز الانصباء وهم والضمير راجع الى المذكور وهو وجوب القسامة والدية اي القسامة على اهل الخطة والدية على عاقلتهم وقوله
وقيل ان ابا حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهده بالكوفة يعني من ان اصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم
المشترون في ذلك ويجوز فيه تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتيل في دار بين مشتر وذي خطة فانهما متساويان
في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرق فاوجبا القسامة على اهل الخطة دون المشترين مع الكثرة والعدد منها لو انفرد كانت القسامة
عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك ان في الكوفة ان المشترين فيها ما زاحموا اصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار
كذلك فان من يشتري دارا ما استقر من الدار واجارتها واعارتها متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار وقوله لما بينا اشارة الى قوله ان
صاحب الخطة هو المختص وقوله ولانه اصيل والمشتري دخيل وقوله لان الولاية انتقلت اليهم يعني على قول ابي حنيفة ومحمد او خلصت لهم على
قول ابي يوسف وقوله لزوال من يتقدمهم يرجع الى قوله انتقلت اليهم وقوله او يزاحمهم يرجع الى قوله او خلصت لهم وقوله واذا وجد
القتيل في دار يعني اذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان في احداهما تجب على
صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وهذا ايضا نوع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه
وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قوله يحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى وحكي عن الكرخي انه كان يوفق بينهما ويحمل
الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حضورا ورواية
رواية فتاوى العتابي وما بعده ظاهر قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل اجمع اصحابنا على ان وجوب الضمان عند
وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال ابو حنيفة رحمه الله ولاية الحفظ باليد والملك سببها وقالا
ولاية الحفظ يستفاد بالملك فاذا وجدا في واحد لم يتحقق الخلاف وان كان لاحدهما الملك وللاخر اليد كان اعتبار اليد عنده لانها هي
القدرة الحقيقية تثبت وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فاما ان يكون البيع
تاما او فيه الخيار فان كان الاول فعلى المذكور وهو الدية على عاقلة البايع وان كان الثاني ففي على عاقلة من هي في يده عند ابي حنيفة
وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي يصير له وقوله واضح وقوله ولهذا [illegible] الحفظ
يستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل ابي حنيفة رحمه الله
ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه قال لان القدرة على الحفظ باليد اطلق اليد والمطلق
ينصرف الى الكامل والكامل هي يد المالك اصالة ويد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستاجر قيل ما الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين
الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر الملك في الثانية دون الاولى والجواب ان صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت تعلق بالملك والجناية
موجبة للضمان بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد كما ذكر من الدليل وقوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة يعني اذا
انكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد فقوله انها وديعة او مستعارة او مستاجرة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده ولا يكتفي
في ذلك بظاهر [illegible] تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة رحمه الله لليد لان اليد المعتبرة هي التي تكون
بالاصالة على ما تقدم والعاقلة تنكر ذلك والباقي واضح وقوله واللفظ اي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين
يشمل اربابها اي ملاكها وغير ملاكها وقوله وهذا اي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روي عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا
يلزمه الفرق [illegible] ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال وان وجد في مسجد محلة كلامه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فعنده اي ابي يوسف
يجب على السكان اي سواء كان السكان ملاكا او غير ملاك وقوله كالشوارع العامة التي بنيت فيها [illegible] الى ان قال في النهاية وانما
اراد به ان يكون نائيا عن المحال اما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فيكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا
في السوق النائي اذا كان من يسكنها في الليالي او كان لاحد فيها دار مملوكة يكون القسامة عليه لانه لا يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف
بالتقصير [illegible] موجب التقصير وقوله وقد بيناه يعني في مسألة وان مر دابة بين قريتين وعليها قتيل وقوله وان وجد في وسط
الفرات [illegible] الفرات وكل نهر عظيم لم يتم خصوصية الفرات بل كذلك [illegible]
حكم [illegible] الحكم الوسط قال [illegible] اذا كان موضع [illegible] دار الحرب [illegible] اذا كان كذلك [illegible] قتيل دار الشرك

والدية م

واما اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام فتجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء دار الاسلام فتجب الدية للمسلمين فيها
كان قتيل مكان الانبعاث او مكان اخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وقوله على التفسير الذي تقدم اراد به قوله قيل
هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت وقوله لم تسقط القسامة عنهم يعني والدية عن عواقلهم وقوله وقد ذكرناه يعني المذكور في
بعض النسخ ونحو قوله ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه الى اخره وقوله قد بيناه من قبل يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى
الولي القتل على جميع اهل المحلة وقوله فاجلوا عنه قتيلا اي انكشفوا عنه وانفرجوا وقوله لان القتيل بين اظهرهم اي وجد بين اظهرهم
يعني بينهم والظهر والاظهر بمعنى كما في قوله صلعم لا صدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فان قيل الظاهر ان قاتله من غير اهل
المحلة وانه من خصمه فيه لا يجب بانه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجود قتيلا في محلتهم وقوله
لانا نجد الدعوى لا يثبت الحق اي الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه اي في اوائل باب القسامة وهو قوله
قوله صلى الله عليه وسلم لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر
انهم قتلوه لما علمت غير مرة ان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله وان وجد في خباء او فسطاط الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة
مكانه اعظم من الخباء وقوله فعلى اقرب الاخبية قيل هذا اذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم وقوله وان
كان القوم لقوا قتالا لا يجوز ان يكون حالا اي متقابلين ويجوز ان يكون مفعولا مطلقا لان لقوا في معنى المقابلة وان يكون مفعولا له اي للقتال
والا يكون مفعولا له اي للقتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في دار الاسلام ولا يدرى ان القاتل من اي تترجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين
على الصلاح من انهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويتحركون المسلمين واما اذا التقى الطرفين فليس ثم جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان يقتلونهم
مسلمين فيبقى الفرق كان القتل مشكلا فوجبت القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل
به ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله والامام يلقون العدو فقوله بالبناء اشارة الى قوله ولو وجد قتيلا في معسكر
اقاموا الخ وقوله وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف
هو عليهم جميعا وقوله واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله على ما يسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غايته ما في الباب انه استثنى
عن يمينه حيث قال فان قتله فلان وهذا لانه لما ان يكون المقر شريكه في القتل او ان يكون غيره شريكا معه فاذا كان كذلك حلف على انه ما
قتله ولا عرف له قاتلا غير فلان قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة اذا ادعى الولي على رجل من غير اهل المحلة وشهد اثنان
من اهل المحلة عليه انه قتله قال ابو حنيفة لم تقبل شهادتهما وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصما وقد بطلت بدعوى الولي القتل
على غيرهم فيقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابي حنيفة رحمه الله انهم نزلوا خصما تقديرا لتقصيرهم الصادر منهم
فخرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها اما ببلوغ الغلام او بعزل القاضي وقوله وعلى الاصلين
هذين يعني الاصلين المجمع عليهما احدهما ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل
اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كان بعرضية ان يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالاجماع وابو حنيفة رحمه الله
جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم خصما في هذه الدعوى بوجود القتيل بين اظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر رضي الله
عنه وان اغرمكم الدية لوجود القتيل بين اظهركم ولدعوى الولي القتل على غير اهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك
عن كونهم خصما وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زال العرضية فتقبل شهادتهم
وقوله يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس اما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل ومسئلة الوصي في حقوق اليتيم
خاصم او لم يخاصم كما مر واما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما
لانهما بعرضية ان يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها وقوله ولو ادعى على واحد وقوله على ما بينا اشارة الى ما ذكر من مسئلة وان ادعى
الولي على واحد من اهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء
الامر وقوله ومن جرح في قبيلة يعني ولم يعلم الجارح لانه لو علم سقط القسامة والقصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة ان
كان خطأ فاذا لم يعلم الجارح فاما ان يصير صاحب فراش حين جرح او يكون صحيحا بحيث يجيء ويذهب فان كان الثاني فلا قسامة ولا دية بالاتفاق
وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا شيء عليه وهو مذهب ابن ابي ليلى ووجه
قول ابي يوسف ظاهر ووجه قول ابي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا اوجب القصاص واعترض عليه بانه لو كان كذلك لما
افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش ثم سرى فانه وجب القصاص واوجب هنا القسامة والدية ورد بان قتيل في محلة لم يعلم قاتله
بالنص على خلاف القياس فراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جارحه اذا صار صاحب فراش قتيل شرعا
الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجب الدية والقسامة واما اذا كان صحيحا يذهب ويجيء فهو في حكم الصحيح
لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله ولو ان رجلا معه جريح الخ حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى اهله ولهذا
قال في اخره وقد ذكرنا وجه القولين فيها في مسئلة القبيلة وقوله ولو وجد رجلا قتيلا في دار نفسه اعلم ان المصنف رحمه الله قال
فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رحمه الله ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فيجب على عاقلتهم وفيه نوع تدافع ظاهر
بين الدليل والمدلول ودفعه لذلك انه تجب لا على عاقلة الميت اما ان تكون على عاقلة الورثة او عليهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الورثة وهم
عاقلة

عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا اشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها
وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف اي عاقلة ورثته وما ذكر في الكتاب من وجه المسئلة التي فيها نظر وعرض على وجه
ابي حنيفة رحمه الله بان الدية لو وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم والجواب بانها تجب للمقتول حتى
يقضي منها ديونه وينفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه يجب الدية على عاقلته ويكون ميراثا له ثم اعلم
بانه رحمه الله صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة في دليل ابي حنيفة رحمه الله اشارة الى ان القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار
بعض المشايخ فان القسامة لم تذكر في الاصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة في قول ابي حنيفة فمنهم من قال لا تجب لانها تختص بمن يعلم بحال القتيل
وليس فيهم من يعلم فلا يلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز ان يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون فيهم من يعلم بحاله واختاره المصنف
واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وما الطف تحريره بل الله ثراه وقوله في المستسعى وروى في مسئلة المكاتب اذا وجد
قتيلا في داره كما لتعقب على ما ذكر اشارة الى الجواب بقوله لان حال ظهوره الخ يعني انما صار دم المكاتب هدرا لان حال ظهور قتله بقيت الدار على
حكم ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا مات عن وفاء يقضى به ما عليه واذا كانت الدار على حكم ملكه جعل كانه قتيل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدرا بخلاف
الحر فان حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فيجب
فيه القسامة والدية وقوله ولو ان رجلين كانا في بيت الخ وقوله كما اذا وجد قتيلا في محلة يعني ان توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ها هنا وقوله
قال المتاخرون من مشايخنا ان المراة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة يشير الى انها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعاقل
وانما دخلت في هذه الصورة لانها دخلت قبله بعد ما حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل ايضا بخلاف غيرها من الصور لانها
لا تدخل فيها في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل ايضا وقوله لانه احق بنصرة ارضه لان الحفظ والتدبير في الارض الى صاحب
الارض لا الى اهل القرية

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها
بد فذكرها واحكامها في هذا الكتاب وقال المعاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وهي الدية وقوله وكل دية وجبت مبتدأ وقوله على العاقلة خبره
وقوله وجبت بنفس القتل يعني ابتداء احتراز عما يجب منها بسبب الصلح او الاب وفي مال القاتل لا على العاقلة وقوله وقد ذكرناه يعني الدية في تاويل
العقل وقوله وكذا الذي هو شبه العمد وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله وقوله في ابان ماله عظيم احق فيه في الاحكام يقوله
وقوله لانه قصر يعني القاتل قصر في حالة الرمي في التثبت والتوقف وقوله وتلك اي القوة وقوله كتبت اسامهم في الديوان الدواوين الجرائد
من دون الكتب اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة ويروى ان عمر رضي الله عنه اول من دون الدواوين اي رتب الجرائد للولاة والقضاة
ويقال فلان من اهل الديوان اي ممن اثبت اسمه في الجريدة وقوله من عطاياهم العطا اسم ما يعطى والجمع اعطية والعطايا جمع عطية وهو بمعنى
العطا وقوله وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى جواب عن قول الشافعي ولا نسخ بعده وقوله بالحلف بكسر الحاء العهد بين القوم ومنه قولهم
تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة وقوله والولاء اي ولاء العتاقة وقوله والعد هو امر العديد وهو ان يعد فيهم يقال فلان عديد
بني فلان اذا اعد فيهم وقوله فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث سنين اي ان اهل مثل ان يخرج عطاياهم الثلث في ست سنين يؤخذ منهم
في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلث في سنة واحدة اخذ منهم الدية فيها وقوله لحصول المقصود يعني ان يكون المقصود ان يؤخذ
منهم من اعطيتهم وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت في اكثر من ثلاث سنين او في اقل منها وقوله من تاويله اي تاويل كلام العقد
لانه الحق ذكر السنين ان يوخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلث سنين في المستقبل فلابد من التاويل وقوله
لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله واذا كان جميع الدية واصح وقوله ولنا ان القياس يا باه اي القياس يأبى
ايجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهو لا يقتضي وانما ورد به اي بايجاب المال موجلا
في الخطأ فلا يتعداه فان قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء او المال
بجميع الابدال لوجوه غير ملتزمة وكون التاجيل من باب التخفيف حكم لا يترتب الحكم عليها وقوله لان الواجب الاصلي المثل لان
ضمانات المتلفات انما تكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا ارتفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس المقابلة
تنتهي المقصود يتحول الحق الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤه من وقته اي من وقت القضاء كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب
بقضاء القاضي وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لتحقق العجز عن رد
العين ولهذا لو هلك قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود من قبل بقوله لان الوجوب بالقضاء على ما نبين وقوله
هذا اي قول القدوري لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها اشارة الى انه يجوز ان يزاد على اربعة
او اثنى عشر وليس كذلك فان محمدا رحمه الله نص على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلثة او اربعة فلا يوخذ
من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وقوله وهو الاصح احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخنا ما فهم من اشارة كلام القدوري
ذكره في المبسوط وقال ان ذلك غلط وقوله ضم اليهم اقرب القبائل معناه فيما فاته احد الجواب انما يستقيم في حق العرب لان العرب حفظت انسابها
فامكن ايجاب العقل على اقرب القبائل من القاتل نسبا وبعد ذلك اختلف المشايخ فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال
بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله فيستوي الكل يعني الاباء والابناء لانه تحمله لانه يجب على سبيل المواساة وقوله ولو كانت عاقلة
الرجل اصحاب الرزق قيل الفرق بين العطية والرزق ان العطية ما يفرض في كل سنة والرزق ما يحصل للفقراء اذا لم يكونوا مقاتلة الباقي

ظاهر وقوله وادخل القاتل مع العاقلة يعني اذا كان القاتل من اهل الديوان اما اذا لم يكن فلا شي عليه من الدية عندنا ايضا كما لا يجب عند
الشافعي لما قلنا وليس على النساء والذرية ممن كان له عطاء في الديوان عقل كلامه واضح وقوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شي عليهما
من الدية قيل انه يناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل العاقل كما اذا وجد القتيل في دار امرأة حيث ادخلها المتاخرون هناك في تحمل الدية
مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدير قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم تجب على المرأة
شي من الدية وهي قاتلة حقيقة فلان لا تجب عليها شي منها وهي قاتلة تقديرا اولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما
بالاستقبال او بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقرار وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فانه
قلت هذا الجواب يبتني على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي اي كما ولا امرأة ولا عبد وقال
ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب ان ذكره مذكور في سياق قوله وانا لم
يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان فمعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الرجال والصبي والعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة واليمين على اهلها
واما ها هنا فالقتيل وجد في قريتها فيجب عليها نفيا لتهمة القتل كما يتحقق منهم ويتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت على جماعة تتعلق بالنصرة
فمن كان اهلا لها يدخل فيمن لا اهلا لها يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تتعلق بتهمة القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه من
لا فلا فتدخل المرأة وقوله والفرض لهم من العطاء او ما يقال له فرض الامام لبيت الغزاة وربما تنم من العطاء والعطاء ان يد فع لحا لنصرة اهل
الاسلام كما في حق الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا الثاني ووجه مقابله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة اي معونة الامام لهن لا
باعتبار نصرتهن كما عبر بها وقوله واهل البادية اقرب اليه يعني نسبا وقوله قيل هو صحيح الضمير راجع الى قوله لم يشترط ان يكون بعينه
وبين اهل الديوان قرابة وقوله من اهل المصر بيان لقوله اهل الديوان اي اهل الديوان الذين هم من اهل المصر وقوله وصار نظير مسئلة
الغيبة المنقطعة يعني ان للولي الابعد ان يزوج اذا كان الاقرب غائبا وقوله لاسيما اي المعاني العاصمة كحد السرقة والقذف والقصاص
ووجوب الدية وقوله فالدية في ماله في ثلاث سنين اي لا على بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلم لانقطاع
الولاية بينهما بخلاف المسلم فان ديته على بيت المال اذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية كما سيجي وقوله ويمكن في هذا القتل لا ليس تفسيرا اي
ليس بسبب نصرة اهل الاسلام اياه وقوله لعدم التناصر لان التعاقل يبتني على الموالاة وذلك ينعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى
والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وقوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم ظاهر الا الفاظ نذكرها قوله وعاقلته اهل الكوفة الواو للحال وقوله
بخلاف ما اذا املت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضى
بديته على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا املت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب والا كان قبل القضاء
مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال الحكم الاول
فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وقوله لكن بعض ذلك اي الابل
من مال العطاء لانه يشتري الابل من مال العطاء فاد ...... وعاقلة المعتق قبيلة مولاه كلامه واضح وقوله ولا يعقل العاقلة اقل من
نصف عشر الدية لان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر ارشه فصار كضمان الاموال قيل هذا اذا كانت الجناية فيما دون النفس فاما
في النفس فيتحمله العاقلة وان كان اقل من نصف العشر لانه بدل القتل اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كان نصيب
كل واحد منهم مائة درهم لانها بدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة او خمسون درهما فانه تتحمله العاقلة لان تحمل بدل النفس ثابت
بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بما دون النفس فلا يعتبر للتحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في التحمل لا النفس ولا علته فيجب
ماله وقوله ولا عبدا قال ابو عبيد اختلفوا في تاويله فقال لا يصح الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال محمد بن الحسن
انما قال معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة عبده شي من جناية عبده انما جنايته في رقبته انه يدفعه الى المجني عليه او يفديه ثم قال
وهذا قول ابي حنيفة وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه يقتله حر او يجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شي انما
ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يري القول فيه قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يري قول ابي حنيفة
جائزا يذهب الى انه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا يعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا يعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام
العرب يقال عقلت القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف القاضي في ذلك
بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وا جيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا يعقل
عن عاقلة عمدا او سياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عمن عمد وعمن صلح وعمن اعترف وعلى هذا فقوله بعد هذا او لا
يعقل العاقلة جناية العبد اضافة المصدر الى فاعله واما اذا اجني لحر على العبد فقتله خطا كانت على العاقلة وقوله والاقرار والصلح لا
العاقلة لقصور الولاية عنهم الا انه في الاقرار يجب الدية في ثلاث سنين وفي الصلح عن العمد يجب ان كان حالا لا الا اذا اشترط الاجل في الصلح فيكون حر
وقوله معنى الثابت بالاقرار او لي يريد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما يجب بقضاء
القاضي فهذا اولى وقوله ونصادقهما حجة في حقهما وقوله بخلاف الولاء لانه قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيقدم فيه يلزم
موجب الاقرار الى مال المقر لان وجبت الدية فيما كان في مال المقر لانهما كما لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقر
قيل لما كان اصل الوجوب عليه وقد تحولا ي عنه الى عاقلته بقضاء القاضي فاذا ... على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى ذمة الحامل اجيب ان

هذا

هذا يتعين فيما اذا كان اصله دينا لا يحوي ... من مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الاهدار فبعد ما تقرر على
العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول الى ذمة القاتل وان استوفي من العاقلة او لم يستوف وقوله وقد مر قبل اي في اول فصل بعد باب جناية الملوك قوله
قال اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم تكن له عاقلة فالدية في بيت المال يعني اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم اهل
النصرة والنصرة بالولاية وهي منقطعة بيننا وبينهم والباقي ظ وقوله ثم ادت الكتابة اي فاتحد يرجع قوم الام على الاب وقوله
والاصل الذي يخرج عليه انه تبدل حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم ينتقل ولايته عن الاولى قضاء القاضي او
لم يقض كالمولود من حرة وعبد اذا جني ثم اعتق العبد لا يتحول الجناية عن عاقلة الام لان هنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالي
الام الى موالي الاب وكالغلام اذا حفر بيرا فعل ان يعتق ابوه ثم سقط في البير رجل بعد ما اعتق ابوه فان القاضي يقضي بالدية على عاقلة
الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شيا لان الحادث بعد الحفر والعاقلة فيعتبر بالملك والحفر لو وجد في ملكه ثم حدث فيه ملك اخر
للعبد قبل الوقوع فان الجناية لا تتحول الى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بيرا في طريق المسلمين بغير
اذن مولاه فما تا ان يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري ان فانت فالضمان على البائع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث
بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا يتحول الجناية بعد ما ظهرت حاله حقيقة مثل دعوة وكذا الملاعنة حولت الجناية الى
الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكما اذا مات المكاتب عن ولد حر ووفاء فلم يؤد والكتابة حتى جني
ابنه وهو من امرأة حرة مولاه لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جناية قوم امه ثم ادت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون
بما ادوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند اداء البدل يستند الى حال حياته فتبين انه كان للولد ولاء من جانب الاب حين جني وان
موجب جنايته على موالي ابيه فلذلك يرجعون على موالي الاب ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك
لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلحقهم زيادة
او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده كما اذا املت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد اخذ البعض منهم ضم اليهم اقرب
القبائل نسبا وقد تقدم وقوله الا فيما سبق اداؤه استثنا من قوله اشتركوا يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين ادوا قبلما
ضم اقرب القبائل اليهم

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية وما يجوز من ذلك وما يستحب منها

اورد كتاب الوصايا في اخر الكتاب باظاهر المناسبة لان اخر احوال الادمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة
اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما ان الجناية قد تفضي الى الموت الذي وقت الوصية والوصية اسم بمعنى المصدر سمي الموصى
به وصية وهي في الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع وسببها سبب التبرعات وشرائطها كون الموصي اهلا للتبرع
ولا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يولد واجنبيا عن الميراث وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصي
شيا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون بمقدار الثلث وركنها ان يقول
اوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكم الوصية ففي حق الموصى له ان يكون ملكا للموصى به ملكا جديدا كما
وفي حق الموصي اقامة الموصى له فيما اوصي به مقام نفسه كالوارث وصفتها ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فقوله غير واجبة
رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ...
وبيانه لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم تعم الاية
من نفي الوجوب قال وهي مستحبة والقياس يابى جوازها لانها تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضافه الى حال قيامها بان قال
ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسنا لحاجة الناس اليها الخ ماذكر في الكتاب وقوله ومثله في الاجارة بيناه في اجارة
يابى القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازها بالاستحسان لحاجة الناس وقوله وقد يبقى المالكية بعد الموت
جواب عن وجه القياس وقوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين اي اذا ما ذكر بيان وجه الاستحسان
وقد ... ابو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الاية بهذه الاية وقد ذكر الامام المحقق فخر الاسلام
في قوله ... قررناه في التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين ولو
كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض ان المحل محل بيان ما فرض
للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل ان الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكر الامام فخر الاسلام رحمه
... وقد قررناه في التقرير والاستدلال بالسنة ظ وقوله وعليه اي على جواز الوصية اجماع الامة وقوله كارد لما اشاره الى قوله
... ثم ... من غير تقييد بجائزة وقوله وسنبين ما هو الافضل اي في فصل الوصية او في قدر الوصية ولا يجوز بما زاد على
الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص وهو ما روي محمد بن الحسن في كتاب الاثار قال اخبرنا ابو حنيفة قال انا عطاء بن
عن ابيه عن سعد بن ابي وقاص قال دخل النبي صلعم يعودني فقلت يا رسول الله اوصي بمالي كله قال لا قلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث
قال الثلث والثلث كثير لان تدع اهلك يتكففون الناس وفي صحيح البخاري انك ان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تذعهم عالة يتكففون
الناس ... الاثر ... والضمير ... وقوله اظهره ... وقوله ... الايثار اي احترازا ان يؤدي
فيتادى الى البغض وقطيعة الرحم بسبب ايثار الدية ... البعض على ما بينه يعني قوله بعد هذا ... وارثه وقد جاء في الحديث

عندم

الحيف في الوصية روي بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروي الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل وقوله الا ان يجيز الورثة
استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث وقوله لان الحق ثابت لهم دليل قوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم
في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها وان سقط متلاشيا فجاز ثم متلاشية فكان لهم ان يردوا بعد الموت فلا اجازة
في حال حياة المورث فان قيل لا نسلم عدم مصادفتها لمحلها فان حق الورثة ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين الا
لمن قبل ما مات ظهر انها صادفت محلها فصارت كما جاز ثم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان
استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القايم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكثبوت الملك في الغصب
عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى اول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع
اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد وقوله ولان الحقيقة دليل آخر وتقريره حقيقة الملك للوارث يثبت عند الموت وانما
يثبت قبله مجرد حق الملك فلو استند ملكه الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو
وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث
في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا ووجه ذلك انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك الحين لانقلب
الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم في ذلك اعدام
من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت
وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة
دفع الحكم قبل السبب وهو باطل ونحن بين امرين اما ان نبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة او نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك قبله م
ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحقيقة ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول
والرضا ببطلان الحق لا يكون ببطلان الحقيقة جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه بوصفه فكان كالابراء
فكذلك وجه انه قد عرف ان ثمة حقا وحقيقة وان رضي ببطلان الحق لا يبطلان الحقيقة لان الرضا ببطلانها يستلزم وجودها والوجود
قبل السبب وقوله وكذا ان كانت الوصية للوارث وقوله وكل ما جاز باجازة الوارث يملكه الموصى له من قبل الموصي ذكر تفريعا على مسئلة القدوري
وجه قول الشافعي رحمه الله ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد برده
فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا يتم الا بالقبض ولنا ان الموصي هو من صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب ثبت منه
الملك وكان كذلك فالموصى له يتملك من الموصي وقوله والاجازة رفع المانع جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعني ان الاجازة ليست
بسبب للخروج عن الملك وانما هو رفع للمانع وقوله وليس من شرط القبض ردا لكونها هبة فكانه يقول لو كان هبة لكان شرطا وهو ممنوع
وصار القبض ما نحن فيه كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن فان كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله واجازة المرتهن
رفع المانع وعورض بان الوارث ان اجاز الوصية في مرض موته كانت من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مالكا فيكون التمليك من جهته واجيب
بان الوارث كان له حق اسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية يعتبر من الثلث وان لم يكن تمليكا كالعتق والفايدة تظهر فيما اذا كان
فيما يحتمل القسمة فان الاجازة صحيحة يصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعده عندنا ولو كان التمليك من جهة
الوارث لانعكست هذه الاحكام لكون الاجازة ح هبة قال ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطيا لا يجوز الوصية لمباشر القتل
عامدا كان او خاطيا لقوله صلعم لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله فحرم الوصية كما يحرم الميراث ورد بان حرمان الارث لا يستلزم
بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل من الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل ابيهم
في تركته والموصى له شاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمنافاة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل الاولى
عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا او طريق سلوك طريق الدلالة اسهل وقال الشافعي رحمه الله يجوز الوصية للقاتل مطلقا لانه
اجنبي منه فيصح له كما يصح لغيره وعلى هذا الخلاف بيننا وبينه اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا
تبطل والحجة عليه في الفصلين يعني فيما كان القتل قبل الوصية او بعدها ما بيناه يعني من الحديث فانه باطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح
على الوصية وتاخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بان ذلك صحيح اذا كان القتل بعد الوصية واما اذا كان الجرح قبلها
فلا استعجال لانه واجيب بجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام ان المعتبر في كون الموصى له قاتلا
بجواز الوصية وقت الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان القتل موخرا عن وقت الوصية واعترض بنقضه بانه
ان ما ذكرتم لو صح لصح بجميع مقدماته كاعتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية لا تصح للقاتل اجيب بان ثمة من حيث الصورة
جعل شرطا كالعتقه وقد وجد ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد
فيرد من حيث المعنى بايجاب السعاية ولو اجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يجوز
لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة الى اخر ما ذكر في الكتاب فان قيل ما الفرق بينهما وبين الميراث
اذا اجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد فيعمل بما كان من جهة العبد
جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله ولانهم لا يرضونها اي الوصية

القاتل

القاتل بالكلام لا يرضونها لاحد اي احد الورثة وقوله في الوصية لاحدهم ان اجازها الورثة نفذت فكذا القاتل وقوله ولا تجوز لوارثه
اي لوارث الموصي لقوله عليه السلام ان الله اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتاذى البعض الى اخر ما ذكر في الكتاب
وقوله والحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة في من خصص بعض اولاده في العطية وقوله ويعتبر كونه وارثا
وغير وارث وقت الموت ذكر في فتاوى القاضي قال ولو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية
اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث
مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه وقوله
واقرار المريض للوارث على عكسه اي على عكس الوصية كما يتناول الايصا او المذكور اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار
لا وقت الموت ذكر في النهاية ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على الاطلاق بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما
اذا كان كونه وارثا كان بسبب الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك في مريض اقر لابنه العبد ما اعتق ثم مات الاقر
لان وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا او كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي
فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار
الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه كان وارثا بسبب قايم وقت الاقرار فتبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره
رحمه الله واري ان اطلاق المص رحمه الله يغني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار
والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه وليس بمحروم فلا يكون اقرارا للوارث وكلا فيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند
الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل وقوله الا ان يجيزه الورثة استثنا من قوله ولا يجوز لوارثه ويروى هذا الاستثنا فيما
رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم الا لا وصية لوارث وقوله ولان الامتناع لحقهم اي لحقهم الذي هو تاذيهم بايثار البعض الى البعض
وبالتقرير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجازت فيما دون الثلث اجازوا ام لم يجيزوا الا انه لا حق لهم في الثلث
كما في الوصية للاجنبي وقوله ولو اجاز بعض الورثة ظ قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر ووصية الكافر المسلم للكافر الذمي وعكسه جائز
فاما الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم الاية نهى عن البر والوصية اليهم بر اليهم فكانت غير منهية واما الثاني فلما ذكر
في الكتاب واما الوصية لاهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة وفي اواخر شروح الجامع الصغير انه ذكر في السير الكبير ما يدل
على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك واما وصية الحربي
بعد ما دخل دارنا بامان فهي جائزة لان له ولاية التمليك ماله في حياته فكذا بعد وفاته خلا انه اقر وان اوصى بالثلث وجميع ماله لان
مانع المسلم عما زاد على الثلث حق ورثته المسلمين لانه معصوم عن الابطال وورثة الحربي ليس كذلك وقوله وقبول الوصية بعد الموت
على ما ذكر في الكتاب ظ والقبول ليس شرطا لصحة الوصية وانما هو شرط لثبوت الملك للموصى له والوصية اشبه بالميراث من حيث انها
تملك بالموت واشبه بالهبة من حيث انها تمليك الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له فقلنا لا يملك قبل
القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له عن
غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب ان الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له رد وا وقبلوا في الاستحسان وقوله
ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث وحاصله ان التقليل في الوصية افضل واليه الاشارة في قوله صلعم انه يدع عيالك الحديث
ومعناه وتركك اقرب اليك من الاجانب فتركك المال خير من الوصية وهو مروي عن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما قالا لان يوصي بالخمس
احب الينا من ان يوصي بالربع ولان يوصي بالربع احب الينا من ان يوصي بالثلث والكاشح العدو الذي كشحه اي ما بين الخاصرة
الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما حصل هذا التصدق افضل لان في التصدق عليه مخالفة النفس وقهر
وقوله والموصى به يملك بالقبول واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله ولا يرد الموصى له بالعيب صورته ان اشترى المريض
شيئا ووصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا لا يرده على بائعه ولا يرد عليه بعيب صورته ان يوصي بجميع ماله لان ثم باع شيئا
ثم الموصى له وجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين
جميعا كما في الوارث وقوله ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية لمنفعة
الموصى له ولو اثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو اوصى له بعبد اعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه وامثال ذلك
كثيرة وقوله الا في مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله لان الدين مقدم على الوصية يعني في الحكم فان قيل هذا التقديم
مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فالجواب ما ذكرناه في مختصر الاصول في الفرايض قال
ولا تصح وصية الصبي كلامه واضح وقوله ولو لم ينفذ تبقى على غيره يعني اذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل
له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ولو لم ينفذ يبقى ماله على غيره فكانت الوصية اولى وقوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد
بالحلم يعني كان غلاما لم يمض بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجاز التسمية للشيء باسم ما كان عليه او كانت قصته في تجهيزه
وامر دفنه ويرد بانه صحح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم واثر اوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التاويل بكونه يافعا مجازا
او يكون الوصية في التجهيز وامر الدفن واجيب بانه كان غلاما لم يحتلم يعني اليافع حقيقة فيجوز ان يكون الراوي نقله بمعناه

وقوله لانه اوصى لابنة عم له بمال لانها في ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه قال العلي ... ولا احتياج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي
لانه مرسل لان رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا مخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلثة
وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الاية فانها تدل على
ان الصبي ممنوع من ماله وقوله وهو نحن نرى الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بيناه اشارة
الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فانه يفيد ان افضلية الترك في الثواب اوفى وبيانه وقوله والمعتبر في
النفع والضرر سواء في الجواب كانه يقول سلمنا ان بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر الى اوضاع
التصرفات دون العوارض اللاحقة الا يرى ان الطلاق لا يصح منه وان امكن ان يكون نافعا بان يطلق امراة معتوهة ويتزوج
باختها الموسرة الحسنا لكون ذلك من العوارض والوصية في الاصل تبرع والصبي ليس من اهله وقوله بخلاف العبد والمكاتب يعني اذا
قال العبد والمكاتب اذا اعتقت فثلث مالي وصية يصح لان اهليتهما مستتمة اي تامة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوط
المانع وقوله ولا يصح وصية المكاتب يعني تنجيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة لما مر انفا وقوله والخلاف فيها معروف عرف في موضعه
يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والماذون من زيادات الجامع الكبير وما هو ان المكاتب اذا اعرف انه قال كل مملوك املكه فيما استقبل
فهو حر يعتق مماليكه لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وعتق عندهما لهما ان ذكر الملك ينصرف الى ملك قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية
ولابي حنيفة ان للمكاتب نوعين من الملك احدهما ناقص وهو ما قبل الاعتاق والثاني كامل وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليمين الى الكامل
وقوله ويجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من
المولى اذا علم انه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له او به ومعرفة ذلك بان جائت للاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما
ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصحح الاسبيجابي في شرح الكافي ... من وقت موت الموصي على ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث واختاره
صاحب النهاية اما الاول وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله بعد موته لانه يملكه في الحال ...
يصلح له الجنين ارثا فكذا وصية لكونها اختها فان قيل لو كان ... لما جاز ردها اجاب بقوله الا انه اي فعل الوصية او الايصاء يرتد
بالرد لما فيه من التمليك دون الميراث لعدم ذلك فيه وقوله بخلاف الهبة متصل بقوله ويجوز الوصية للحمل يعني ان الهبة للحمل لا تصح لانه
تمليك محض والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض ولا قدرة لاحد عليه ليملكه شيئا يحصل الملك فيه بالقبض
ولا قدرة لاحد عليه ليملكه شيئا يحصل الملك فيه بالقبض واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل بعرضية الوجود اذا ...
علم وجوده وقت الوصية فان وضعت المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية او الموت وبذلك يعلم وجوده
وقت الوصية لا محالة ولقائل ان يقول في كلام المصنف تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجوده الا بعد ان يصير موجودا واذا كان
موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب ان معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم
وجوده تحققه وكونه في بطن الام فانه ... التناقض ... والجواب واضح وان اختلج في ذهنك تناقض ...
لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوجيهه للجواز بصحتها في غير الموجود فالجواب ستسمعه ان شاء الله وقوله ومن اوصى بجارية
يعني من قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعا لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا لانه ليس
بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية ...
وفيه اشارة الى ما قيل ان الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك
لان اسم الجارية يتناولها ولما ان قيل ... صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب انه صحة
باعتبار ... الموصي فيه ... قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة
والاستثناء ايضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار رفع جهة من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل لا نسلم ان اسم
الجارية لا يتناول الحمل فانه لو لم يتناول لما استحقه الموصى له ولو لم يتناول لما استحقه كغيره من امواله اجاب بقوله ولكنه يستحق
بالاطلاق تبعا يعني انه لم يتناوله لفظا العموم بل استحق اذا اطلق الموصي عن قيد الافراد فان افرد الام لم يبق مطلقا ... تقيد
الام بالافراد فصحت الوصية بها مفردة وقوله لانه يصح فذكره في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية
الرجوع عن الوصية جائز لوجهين احدهما انه تبرع لم يتم لان تمامه بموت الموصي والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما
لم يتم اولى والثاني ان القبول يتوقف على الموت والايجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع اولى
ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو ان يقول رجعت عما اوصيت به لفلان وقد يكون دلالة وله انواع ذكر المصنف ...
ضوابط جامعة واضحة وقوله وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد اعلم ان محمدا رحمه الله ذكر في الجامع ان جحود الوصية
ليس برجوع وذكر في المبسوط انه رجوع فمن مشايخنا من حمل المذكور في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في
الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا كان عند الانكار على الغائب لا يصح لانه من باب المعاوضة ... معارضا
والمذكور في المبسوط على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الانكار ومنهم من حمل المذكور في الروايات
في الجامع على صورة الجحود ولا على الجحود الحقيقي فانه قال اذا اوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال اشهدوا اني لم اوص

لفلان

لفلان بطلت شهادة الزور منهم فيكون معناه قد اوصيت لفلان بكذا الا اني ... ان يشهد والي بالباطل وطلب شهادة
الباطل لا يكون رجوعا لانه ليس بجحود حقيقة وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع على الروايات كلها ومنهم
من قال المذكور في الجامع جواب القياس والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان ومنهم من قال في المسئلة روايتان قال
شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال المذكور في الجامع قول محمد والمذكور في المبسوط قول ابي يوسف قال شمس الائمة السرخسي
رحمه الله هو الاصح لان المعلى قال في نوادره سالت ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسالت
محمدا فقال لا يكون رجوعا وهو مختار المصنف رحمه الله واستدل لابي يوسف ان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي
والحال واذا كان نفي الحال وحده رجوعا فنفي الماضي والحال اولى ان يكون رجوعا ولمحمد رحمه الله ان الجحود وهو ان يقول لم
اوص لفلان او ما اوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لانه اذا لم يثبت ما لم
يعد وان كان الكذب لما ثبتا في الحال لكونه ثابتا في وجوده اذ الغرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو ضرورة
وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها
الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتامل وقوله ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي دليل
اخر وتحقيقه ان احدهما مركب من النفي والاثبات والاخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس ايضا وفيه
نظر من وجهين احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف والثاني انه لا يلزم من عدم كون
الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول ان قوله نفي في الماضي و
الحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود
بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير ولهذا
لم يكن جحود النكاح فرقة يعني استعارة للطلاق لان الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا
متقابلين فلا يجوز استعارة احدهما للاخر وقوله ولو قال كل وصية اوصيت بها واضح وقوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة
قيل لانه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعينها لغيره وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله وقد ذكرنا
حكمه يريد به ما قدم من التوقف على اجازة بقية الورثة فان اجازوا جاز والا فلا

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي يتعلق
به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ومن اوصى بثلث ماله لرجل ثم اوصى
لاخر ايضا بذلك فالورثة اما ان يجيزوهما اولا فان اجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث وان لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان
اذ لا يزاد على الثلث وليس احدهما اولى من الاخر فاستويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق
فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يكن كرجلين اقاما البينة وتلاقيا بالدين واضح وقوله ولا يضرب ابو حنيفة اي
ولا يجعل من ... في ماله سهما اي حصة ومفعول لا يضرب محذوف اي لا يضرب شيئا وصورة المحاباة ان عبدين لرجل قيمة احدهما
الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والاخر لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة لاحدهما
بالف وللاخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن غيرهما ولم يجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون
بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهو الالف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهو خمسمائة فلو كان هذا سائر
الوصايا على قول ابي حنيفة وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف في اكثر من خمسمائة وصورة السعاية ان يوصي بعتق عبدين
قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان ولا مال له غيرهما فان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا اعتقا من الثلث وثلث
ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلث الالف للذي قيمته الف ... ويسعى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة اي
المطلقة هي ان يوصي لرجل بالفين ولاخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد
منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال اخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما
اذا اوصى لرجل بثلثي ماله ولاخر بنصف ماله او بجميع ماله والاخر بثلثه ان الموصي قصد ... الاستحقاق على الورثة فيما
يزاد على الثلث وتفضيل بعض اهل الوصايا على بعض وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما
في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة ولابي حنيفة رحمه الله ان الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله ان التفضيل انما
يثبت بناء على الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما يثبت في ضمنه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع
وهذا لان الزيادة تنفي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساويان فكذلك ههنا بخلاف الاجماع يعني المحاباة واضح وقوله وهذا
بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته ... جواب عن المسائل المجمع عليها وقوله وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث يعني
بيانه كما اذا عبد اوصى به لرجل وبثلث ماله لاخر ولا مال له سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل ان
يكتسب هذا المال لعبد مالا فيصير قيمته مساويا لثلث المال او يظهر له مال فحينئذ يصير العبد ثلث المال وقوله لان هناك الحق
تعلق بعين التركة يعني ان حق الموصى له بعين التركة اي ان حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت بطلت الوصية وان

وان استفاد مالا اخر وحق الورثة ايضا متعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبقى صحة فيما زاد على الثلث لا يستحق الاجماع
لحقهم بخلاف الالف المرسلة ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد فلم يتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه
ولو اوصى بنصيب ابنه ومن اوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحت وان اوصى بمثل نصيب ابنه
جازت كان له ابن او لم يكن لان الاول وصية بمال الغير لان الاول نصيب الابن ما نصيبه بعد الموت بنص الكتاب والوصية
بمال الغير لا يجوز والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشي غيره وان كان يتقدر به وقال زفر جازت الاولى كالثانية نظرا
الى حال الوصية فان المال كله له في ذلك الحال لكونه حيا بعد وله ان يتصرف في ملكه كيف شا وجوابه ما قلنا وهو قوله
لان الاول وصية بمال الغير قوله ولو اوصى بسهم من ماله معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه فان قيل الاخس
الا نصبا فله والثمن اقل من السدس فكيف جعله يعني الجد من قلت جعله لعناية ما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة اما الاثر
فما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى ان السهم هو السدس واما اللغة
فان اياس بن معاوية قاضي بصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم ان عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع
اختلفت اختلافا لا يكاد يتعلم منه شي وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي ففي رواية الجامع
الصغير جوز ابو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وفي رواية الاصل جوز الزيادة عليها السدس [illegible]
النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط
وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما وقالا له مثل نصيب
احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيز الورثة وهو مذهبهما العرف فان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لاسيما
في الوصية والاول متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد اي الاقل على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة
ولابي حنيفة رحمه الله ما ذكرناه اتفاقي جواب السوال من اثر ابن مسعود رضي الله عنه وان الاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد
اي الاقل وقوله اياس رحمه الله وقوله ولانه يذكر ويراد به السدس انه مشكل وذلك لانه دفع في بعض نسخ الهداية فيعطى
ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى من الاقل منهما وفي الاولى بعض الشارحين فقال يعني ان كان ينقص سهم الورثة اقل من الثلث لا
يعطى السهم لما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم
من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب
فانه فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب لا يزاد عليه وان كان مراده السدس فما معنى العمل بالدليلين واما القائل
قوله فيعطى الاقل منهما يؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا
ان اراد به السدس فيتعلق بقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس وان اراد به الاقل منهما
عاد الاعتراض المذكور وهو الا ان النقصان عن السدس ولو ان المراد بقوله ما ذكرنا هو الاقل منها ليكون معنى التحرير
واحد اولى ان ذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على ان المذكور
في الكتاب ان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وما يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين
فان كان هذا مراده فهو كما ترى بعيد عما يدل عليه ذلك والله اعلم وحد المكل دموعه وصورة المسالة ما اذا اوصت امراة
بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا ففي رواية الجامع الصغير يعطي السدس في قول ابي حنيفة وعندهما يعطي
الربع اي مثل الربع فيعطى الحي يحمل المسالة على قوله من ستة يحتاج الى السدس الموصى له بسهم يبقى خمسة للزوج منه
الربع لا يستقيم عليه فيضرب مخرج الربع في اصل المسالة يخرج الكبير وهو اربعة يبلغ اربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في اربعة
فهو اربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل اخس
سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي اربعة فيصير خمسة ويعطي الموصى له سهما والزوج سهما وهو ربع الباقي بعد الوصية
الموصى له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصي اوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشي غيره فيزاد مثل الربع
على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع واما على رواية الاصل فتخرج كتخريجهما ... اقل انصباء الورثة ... الروايتين
الروايتين وقوله قالوا اي المشايخ كان هذا ... السهم ... ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه
شيئا لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي ... البيان
ولو اوصى ببعض من ماله او بطائفة او بنصيب او بشي فالحكم كذلك وقوله وان اجازت الورثة فله ثلث المال ... قيل اذا
جازت الورثة كان الواجب ان يكون له نصف المال لانه لا يبق لقوله واجازة الورثة جائزة فالجواب ان معناه حد الثلث
وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثلث زيادة السدس على الاول فيتم له
الثلث ويحتمل انه اراد بالثلث الثلث على السدس فيحصل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يمكنه ...
الا ايصا بالثلث وقوله والمعرفة متى اعتقدت يتراد ... لا ... فرناه في الثغر ... بتوفيق ... والله
ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج

من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما اي من الهالك والباقي مشترك بين الورثة
والموصى له والمال المشترك يتوى ما يتوى منه على الشركة ويبقى ما يبقى منه عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة
وهو القياس ولنا ان هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق احدهم في الواحد اي يمكن جمع حق شائع في الكل واحد
ولهذا اي يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه على الجمع واذا امكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصى
له جعل حاجته في هذا المعنى مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل في
مال اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شي منه ان يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف
الهلاك الى الربح الذي هو تبع لا الى راس المال وصارت الدراهم اي صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد
وله الموصى بدرهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا وقوله بخلاف
الاجناس المختلفة جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة اجناسا ووجهه ان الجمع فيها غير ممكن فانه اذا ترك وطلب بعض
الورثة القسمة اي الى قولنا فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي متعذرة
واذا تعذر الجمع بتعذر التقديم لان فيه الجمع فبقي الكل مشتركا بين الورثة والموصى له فما هلك هلك على التركة بقي عليها الثلثان
فلهذا ... ذلك قوله وان اوصى بثلث ثيابه واما اذا اوصى بثلث ثلثه من رقيقه من جنس واحد او بثلث ثلاثة من الدور فليس له الا ثلث الباقي
نكرة ... المتفاوتة هكذا ... محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلاف المشايخ فقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على
القسمة فيها فاما على قولهما فالدور جنس واحد والرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي ان يقسم قسمة واحدة
فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس واليه ذهب الفقيه ابو الليث والامام فخر الاسلام رحمهما الله وقيل
المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك ان يدون اجتهاد القاضي
وهو يتعذر الجمع واذا هلك لم يكن هناك معنى من القاضي فكان المال على الشركة بما بقي وما هلك والاول وهو ان يكون في المسالة اختلاف
اشبه الفقه المذكور وهو ان ابا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور لانه يجعلها اجناسا مختلفة وهما يريان ذلك
... اصحابنا واحد ... ومن اوصى لرجل بالف درهم ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث
العين دفع اليه لانه يمكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس في حق احد فيجب ذلك وان لم يخرج بان كان العين الفا دفع اليه منه ثلثه وكلما خرج شي من
الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث والاصل ... ان يوفى حق كل من الشركاء بلا بخس ولا بخس في حق احد
بتخصيص الموصى له في الاول فيه بالعين وفي الثاني بخس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين لان للعين فضلا على الدين على ما ذكر
في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل الموصى به القدر الذي يحصل بالعين ان حلف انه لا مال له لم يحنث بديونه له على الناس
سلمناه ولكن لا نسلم ان الموصى له شريك الورثة ايضا فان من اوصى لرجل بشي معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو
شريكا له لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال والجواب ... الموصى ... اعم من ان يكون بالاعيان ... او بالمال
لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بانه شريك الوارث اذا كانت في عين معينة ... فيبقى الوارث كالمودع لا
يضمن اذا لم يتعد وقوله ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله والمعنى واضح وانه ... فلا يزاحم الحي ... اذا اوصى لزيد ... ثم مات
احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال التمليك ثم بعد ذلك ... لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه
احد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين الموصي بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان الحي استحقاقه جميع الثلث لعدم المزاحمة
عند ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه والصحيح ... لان الوصية ... عنده للموصي والباقي ... اوصى بثلث ماله فقط
وقوله في الصحيح ان الوصية تصح احتراز عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الى ما ليس ... النصيب كالوصي
الى ما لو لم يكن ثم ملكه ثم ملكه فانها غير صحيحة قال الفقيه ابو الليث رحمه الله هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى غنم مرسلة
بعينها ... فصار ... له اضافة الى ثلث المال وقوله وعلى هذا يخرج كثير من المسائل ... ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال ... حنطة من
مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي او من ثيابي فان لم يوجد ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا
شي للموصى له والفرق ما ذكرناه ومن اوصى بثلث مال لامهات اولاده ما ذكره ... ولو اصله ان الوصية
لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض ... جائزة ... لان الوصية ... مضافة
الى ما بعد الموت فانها تستحق الوصية بعد موت مولاها ... العتق ... العتق ... الوصية وهي وصية والوصية
للامة بشي غير رقبتها باطلة ووجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حلول العتق ... حال الموصي لان الظاهر حاله
ان يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيح هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال للعبد جائزة ولم يعتق بعد موته وام
الولد ليست اقل حالا منه فكيف لم يصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال للعبد ... ثلث رقبته فكانت وصية
برقبته والوصية برقبته جائزة اعتاق وهو ... بخلاف ام الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى
... وصية ... لا ... الوصية بثلث المال ... بعد موت المولى وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي
القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كانت

نوازدعلنا ان مستغلتان على معلول بالواحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل وقوله وادناه في الميراث قيد بذلك احترازا
عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد بالجماع بين اصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث منصرفا الى الاثنين والوصية في
معناه من حيث ان كلاهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هناك ايضا منصرفا الى الاثنين وقوله بحد ذلك في القران يريد به قوله تعالى
فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد به الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه وكذلك قوله وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل قال
ومن اوصى لرجل بمائة درهم صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس ان يكون له نصف كل مائة ووجه الاستحسان انه اثبت
الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المائة يقتضي اشتراكهما جملة واحدة وانما اخذ نصف كل مائة
لو كان اشتراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم كان الاشتراك اي ثم قال
لآخر اشركتك معهما فان له نصف ما لكل منهما لان تحقيق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت المالين ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشراك
فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الامكان وقوله ومن قال لورثته لفلان على دين فصدقوه يعني يصدق
الى الثلث استحسانا وفي القياس لا يصدق لانه اقر بمجهول والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا اقر به من جهة المقر بيان وقد فات بموته
وقوله فصدقوه فيما قال يعني لا يصلح بيانا لكونه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر البيان اقرارا مطلقا يعني من
كل وجه فلا يعتبر ووجه الاستحسان انا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث وامكن تنفيذه بطريق
الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده الوصية لصرح بها اجاب بقوله وقد يحتاج اي المقر الى مثل هذا الكلام بعلمه باصل الحق عليه دون
مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها اي هذه الوصية وصية يجعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاء فلان وادعى شيئا فاعطوه
من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة وقوله فان اوصى بوصايا غير ذلك الخ واضح وحاصله انه تقدم
بشبه الاقرار لفظا وشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شايعا
في الاثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين وقوله ومن اوصى لاجنبي ولوارثه ظ وقوله ولهذا اي لهذا الاصل
بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي كما لا يصح في حق الوارث لان الوصية انشاء تصرف اي ابتداء
تمليك من غير ان يكون بينهما شركة قبلها والشركة انما تثبت حكما له عقيبه فحيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة
فكان نصيب كل واحد منهما مفرزا عن نصيب الآخر فصحة السبب وعدمها اما الاقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببا محله
فان الاقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك اي في الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب
وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما اذا تصادقا على ذلك او جحد الوارث او الاجنبي ذلك او انكراه جميعا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اذا لم يتصادقا فالحق في حصة الاجنبي لان الوارث منكر يبطلان حقه وبطلان حق شريكه
فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر … هو المبطل وقد وجد دليل … هذا الاقرار بالنظر الى الاجنبي
صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح … ترجيح الفساد … تعدى الى ابطال حق الغير والجواب ان وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي
ان اليقين لا يزول بالشك … حصة كل منهما غير ممتازة عن غيره ففي كل جزء فرضته يثبت … كان فيثبت
للاجنبي الملك … بالنظر الى صحة الاقرار ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له ملك قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله
نفاذا وبطلانا اي نفاذا في حق الاجنبي وبطلانا في حق الوارث يعني يبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث
لامتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر قال ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء … جيد ووسط
ورديء يخرج من ثلث ماله … اوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك احد الاثواب ولا يدري ايها هو وجحدت الورثة
لكل واحد منهم بعينه حقه بهلاك الثوب الذي هو حقه كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل
المقصود وهو اتمام غرض الموصي الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان المانع حينئذ زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف
رحمه الله في الكتاب وهو واضح اذ الجيد ايضا يتعلق به حق صاحب الجيد وصاحب الرديء وان الرديء يتعلق به حق صاحبه وصاحب الوسط
في الجيد منهما وان كان الهالك الرديء من الباقيين فهي لصاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك الرديء من الباقيين فهي لصاحب
الوسط في الرديء فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك اخرى وان كان الهالك الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من
الباقيين في حال ولا يتعلق في حال … ثلث كل واحد يعني صاحب الجيد وصاحب الرديء فصاحب الجيد يدعي الجيد وصاحب
يدعي الرديء لانه لا حق له قطعا وصاحب الرديء يدعي الرديء دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الرديء لصاحب
الرديء وقوله واذا كانت الدار بين رجلين ظ الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع واما قوله هذا ففيه نظر وهو انه
قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من
العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة واجيب بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا انها اذا كانت من جنس
واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك فمعنى المبادلة فيه تابع كما ذكر ههنا لان الجبر في المبادلة
ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن من جنس واحد والى هذا اشار بقوله وانما العقد
الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه والباقي ظ وقوله اما لانه عوض … كما ذكرناه في الجارية الموصى بها وقوله اولا انه اراد
على

على اعتبار احد الوجهين يعني في وقوعه في نصيب الشريك والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر يعني في وقوعه في نصيبه وقوله فيصير
الا بهام احد عشر للموصى له سهمان وللشريك تسعة فان قيل ينبغي ان يقسم نصيب الموصى له في خمسة تسعة كما هو مذهب محمد وزعم الموصى له ان حقه
في خمسة وحق الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق فيجعل كل خمسة سهما فصار الكل احد عشر وقوله وقيل الاختلاف فيه لمحمد بل قوله في الاقرار
لعدم المنافي الوصية والباقي ظ قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه او ما اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه فبلغه فما الكبير الوصية
ام لا فان كان الثاني بطلت وان كان الاول جازت فان دفعه الى الموصى له تم وان لم يدفع فله ان يرجع وان اجازه لان هذا تبرع بمال
الغير على ما ذكر في الكتاب وهو واضح الى قوله فيكون من ابتدائه فيقدم عليه فان كان الدين مستغرقا جميع نصيبه دفعه اليه كله
والباقي ظ وقوله فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع يعني تسري الوصية الى الولد اذا حدث قبل القسمة كما في البيع الى الولد اذا حدث قبل
القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا فادخله بها وقيمتها مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد
منهما … ولا ان الام اصل يعني في الوصية والولد تبع فيه اي في الوصية على تاويل الايصاء وانما كانت الام اصلا لان
الايجاب تناولها قصدا ثم سرى حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام ثم يكون الولد قدر
ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا يتغير بزيادة المال الا انه يؤدي الى نقضها في بعض
الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله الا انه لا يقابله بعض العوض جواب عما يقال لا نسلم ان تنفيذ البيع في
البيع لا يؤدي الى نقضه في الاصل فان نقض الثمن لا يقابله وفي ذكر نقض له … ووجهه انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته
بالولد اذا اتصل به القبض فان الولد الزائد لا يقابل موصوفا لكن لا يوجب ذلك النقص في المبيع لان الثمن تابع …
ذكره وقوله اذا اتصل به القبض انما قيد بذلك لانه مقابله بعض الثمن بالولد انما يكون ان لو كان مقبوضا بالاصل حتى لو هلك قبل
القبض … لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن فصل في اعتبار حالة الوصية قال في النهاية
لما ذكر حكم الكلام في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى
وصف لان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصلي مقدم على العارض قوله واذا
اقر المريض لامرأة … واضح معناه ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية
والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا وغير وارث يوم الاقرار لان الاقرار تمليك للمال فيعتبر كون المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره
اذا كان المقر مريضا وقوله لان الاقرار ملزم فيه تلويح الى رد قول زفر رحمه الله ان الاقرار يصير باطلا لان اقرار المريض بمنزلة التمليك
ولهذا لا يصح للوارث ووجه ذلك ان الاقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على امر زائد كالموت في باب الوصية وقوله الا ان الثاني
بموجبه اي تنفيذ حكم الاقرار في حالة المرض بوجه تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة الصحة بخلاف الوصية لانه يعمل الوصية يتناول
الا بهما وقوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق يعني لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت … اذا اقر
له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره وذكر في كتاب الاقرار انه ان كان عليه اي على العبد دين يصح الى اخره ذكر في الكتاب والمقعد
والمفلوج المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب احد نصفيه وبطل عن الحس والحركة … والمسلول هو الذي
به مرض السل وهو عبارة عن اجتماع المدة في الصدر ونفثها وقوله صار طبعا من طباعه يعني خرج من ان يكون مرض الموت فيعتبر تصرفه
من جميع المال فلو صار بعد ذلك صاحب فراش ومات من ايامه لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت باب
الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخره عن صريح
الوصية لان الصريح هو الاصل قال ومن اعتق عبدا في مرضه كلامه واضح وقوله والمراد اعتباره من الثلث اي المراد في قوله فهو
وصية الاعتبار من الثلث لا من حقيقة الوصية لان الوصية عبارة عما اوجبه الموصي في ماله بعد موته متطوعا وقوله كالضمان والكفالة
عطفه بحرف العطف لان الضمان اعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة بان قال لاجنبي خالع امرأتك على الف على اني ضامن وكذا
لو قال بع عبدك هذا بالف على اني ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على المرأة والخمسمائة
على الضامن دون المشتري وقوله فما بعده من التصرف اي بحوزه في الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا
يكون من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله وقوله فان حابى ثم اعتق
صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي الفين من رجل بالف واعتق عبدا آخر يساوي الفا ولا مال له سواهما ثم حابى ثم اعتق وان ابتدأ بالعتق
ثم حابى فهما سواء عند ابي حنيفة ففي الاول يسلم العبد للمشتري بالف ولم يبق من الثلث شيء الا ان العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة
وفي الثانية يتحاصان في مقدار الثلث وقالا العتق اولى سواء تقدم المحاباة او تأخر فيعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشتري
ان شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء امضى العقد وادى كمال قيمة العبد … الاصل
المذكور في الكتاب ظ وقوله الا العتق الموقع المنجز لا المعوض اي اعتاق الورثة مثل ان يقول اعتقوه او يوصي بعتقه بعد موته مستثنى من
قوله يقدم وقوله كالتدبير الصحيح احترز عن الفاسد منه مثل ان يقول انت حر بعد موتي بيوم كما سيجيء وقوله والمحاباة في البيع مرفوع
معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله وغيره يلحق اي غير العتق الموقع بجهة العتق كالوصية بالعتق والوصية بالمال وقوله يستوي
فيه من سواهما اي سوى العتق والمحاباة وقوله لما … فيه وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وقوله لا يوجب التقدم في الثبوت

الا ترى انه لو اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذا لك هاهنا وقوله لانها تثبت
في ضمن المعاوضة يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى لانه لم يثبت في ضمن المعاوضة
وبالمرض يلحقه الحجر عنه وقوله قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق
متقدم عليها فيساويها وفيه بحث وهو ان يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم
عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتاخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة وايضا اذا حابى ثم حابى ولم يخرج
الثلث منهما فما ذكر من التقديم يقتضي الترجيح يستدعي ان ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاولى ان شرط الانتاج ان
يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني ان لا نسلم لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض
ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما حكم الوصية وهما متساويان
فاستويا كذا في النهاية وقوله قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني فان قلت لم
لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساويا
له والعتق الاول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم ما اصاب العتق الاول يشاركه فيه العتق الاخر للمساواة بينهما فان
قيل كيف يستقيم هذا وهو يؤدي الى ان صاحب المحاباة كما لاحقه كان ينبغي ان يسترد صاحب المحاباة ما اخذ صاحب العتق الثاني لان حق
صاحب المحاباة مقدم على حق صاحب العتق الثاني وليس معها عتق اخر ونقدمت المحاباة اجيب بانه لو استرد ذلك منه لكن يسترد منه
صاحب العتق الاول لان حق العتق الاول والمحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدور وان نقض صاحب المحاباة في البيع
لدامه في زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستوائهما فهما وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فلانه واحد
وبقي شيء من الحجر رد على الورثة قال الامام الكاشاني الا ان يكون الموصي يفضل النقصان للذي يحج عنه فيكون له وقوله وهذا عند ابي حنيفة
لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده فيجله المستحق اذا هلك منه شيء يبطل الوصية ويرد الى الورثة وقوله ومن اوصى بعتق عبده اي
باعتاق عبده وقوله لانه يتلقى الملك من جهته اي لان الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصي الا ان ملكه اي ملك الموصي باق فيه لحاجته حتى لو كان
العبد ... من الورثة لم يستحق عليهم لما بيناه ان ملك الميت فيه باق بعد حاجته وانما يزول ملكه بالدفع فاذا فدوه اي بالدفع عن ملكه
بطلت الوصية كما اذا باع الموصي له وارثه بعد وفاته بسبب الدين فان فداه الورثة كان الفداء في اموالهم اي كانوا متبرعين فيما فدوه به
ومن اوصى بثلث ماله لاخر واقر في مرضه وان كان على المعتق دين يعني ان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا
لان الاقرار بالدين والعتق في حالة المرض لما لم يمكن احدهما الاخر ان لو كان احدهما متاخرا عن الاخر فيجعل المتقدم كانهما وجدا معا
بتصديق واحد بقوله صدقتما جعلا كان الامرين كانا وثبتا بالتصديق فيثبتان معا كذلك وله ان الاقرار اقوى اي بالدين اي ولابي حنيفة وجهان
احدهما ان الاقرار بالدين اقوى على ما ذكر والثاني ان العتق لا يملك استرداده اي حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه وثبت العتق
من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون لا يجوز من حيث المعنى يوجب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق
الميت لو قال العبد لمولاه المريض اعتقتني في صحتك وقال رجل اخر لي عليك الف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في
قيمته للمقر له كذلك وقوله وعليه ... وما اذا تساوى المدين المسا ... حتى لو اقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار
من الوارث بالدين ... لا في الذمة لا في التركة فقد وقع بعد خلاف المورث وله ان حقه يثبت في عين الالف مقارنا للشرية الدين
الذمة وعند انتقاله منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقال الالف ذلك فقال صدقتما والاختلاف في هذه
المسالة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب والله اعلم قدم باب العتق في المرض على هذا
الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل اعلم ان من مات وعليه حقوق الله من صلاة او صيام او زكاة او حج
او كفارة او نذر او صدقة فطر فان اوصى بها فانه لا يؤخذ من تركته ولم يجبر الورثة على اخراجها لكن لهم ان يتبرعوا بذلك
وان كان اوصى بها ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فما للعباد خاصة يتقدم ذكره
وما لله ان يكون كلها فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كلها تطوعا كالحج التطوع
والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين هذه الاصناف فان لم يخرج من الثلث يحتمل جميع ذلك ينفذ وصاياه كلها وهي في نفس كلها
او واجبات كلها او تطوع يبدا بما بدا به الميت وان اختلفت يبدا بالفرائض قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان
الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو اهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضا او واجبا او تطوعا كما ذكرنا بدا بما
قدمه الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم وان تساوت في القوة فان
قيل ابن ذهب قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والمعتبر التقديم بالذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت فعلى هذه المسالة حجة لابي حنيفة عليهما
اجيب بان هذا المحض يجمع حق الله لكون صاحب الحق واحدا واما اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو اوصى بثلثه لانسان
ثم اوصى بثلثه لاخر وقوله فالزكاة تعلق بها حق العبد ... القضاء جعله في العيض ... وقوله اذ قد جاء فيهما
من الوعيد ما لم يات في الكفارات اما في الزكاة فقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الاية واما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله
غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج وقوله صلعم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء يموت يهوديا الحديث وقوله والكفارة في القتل والظهار

واليمين

والليمين تعقد متقدمة على صدقة الفطر وكذا الكفارات لانها ليست متقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بالاثار المستفيضة
وقوله وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض فمن ذلك ان يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذور بايجاب العبد
والنذر يقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذور ومالين بواجب يقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا يعني
قوله لان الظاهر ان يبتدئ بالاهم فصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدؤوا بما بدات به ولو قال كذلك ثم تقدم ما قدم فكذا هاهنا وهو ظاهر
الرواية وروي عن بعض اصحابنا انه يبدا بالافضل فالافضل يبدا بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق سواء رتبها على هذا الترتيب او لم يرتبها
وما جمع بينهما قوله ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبيد فيجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم
على عدد ما فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا وهو رضى
الله فكل واحدة في نفسها مقصودة فيتفرد كما يتفرد وصايا الادميين فان الجميع منها وان كان المقصود به القربة اذا اوصى للفقراء والمساكين
وابن السبيل كل يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا لك هذا قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا وقوله
وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل يعني على مذهب ابي حنيفة وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل بقوله وله انه وصية بعتق
عبد يشترى فاذا يوجب الحج ... ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق لانه اذا خرج للحج من بلده بالاتفاق وسنذكره بعد هذا قيل هذا
بخلاف في ... وقيل فاما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق لانه لو حج بنفسه لتجهز من حيث هو فكذا اذا اوصى وقوله
لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة لحد وقوع ... بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن ادم ينقطع بموته الا ثلث فان الخروج للحج ليس منها
بانه لو ... ان اطعم بعض المساكين ومات فاوصى وجب الاكمال بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعم بالموت ذكره في الاسرار
ابي حنيفة عن ذلك فيهم واليه اشار ... واجيب بالفرق بان السفر للحج لا يتجزى في حق الامر به بدليل ان الاول لو يد اليه في ان لا يحج بنفسه بعد ما
مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضى الموصي ثم يعود ولزمه رد ما انفقه واما الطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام
اذا اطعم البعض ثم ترك وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وهذا الذي يدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزي وغيره في الانقطاع الا
ان يقال التجزي في الطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا حتى لو جاز في خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما
سبق والكتاب اقوى وان كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل يقتضي في الحديث فعمل به وقوله على ما قررناه اراد به قوله قبيل
هذا ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا الى اخره
باب الوصية للاقارب وغيرهم
انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر احكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدمه ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص
ابدا يتلو العموم قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب
ويجوز ان يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال لعل ذلك اهتماما بامر الجار وقوله لانه لا تعذر صرفه الى الجميع يعني لعدم دخولها
القرابة وجار المحلة وجار الارض صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وقوله وذلك عند ابي حنيفة قيل حتى لو كان في المحلة محلة ان
صغيرة ان يتقاربان فالجميع جيران وقوله ما روي فيه ضعيف يعني ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال الا ان اربعين دارا
هكذا وهكذا اربع مرات واشار الى الجوانب الاربعة فانه قيل هذا خبر لا يعرف روايته وقال ابن قدامة هذا ان صح كان نصا في الباب
وقد طعن في روايته قال ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي قال محمد رحمه الله في الزيادات يتعين على قياس
قول ابي حنيفة ان يدخل السكان تحت الوصية من الجيران الملازقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل
فالاب يكون شاهدا هذه كذا ذكره من محمد رحمه الله في مذهب ابي حنيفة وليس كذلك فانه يجعل هذا الحكم على استحقاق الشفعة
وهو للملاك والقول يتبنى على قول محمد رحمه الله انه لا يدخل الذمي لان الجيد لا يعم الاخر اذا ريد بالذي ذا المسجد يجمع الا اذا قال ومن
اوصى لاصهاره اي لاقرباء امراته قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المراة وقد قال وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد لان الصهر
في اللغة يجي بمعنى الختن ايضا وقوله وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحق يعني وان ورثت منه بكون الطلاق في المرض وقوله
ومن اوصى لاختانه يعني ان الاختان يطلق على ازواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة ويقال يدخل في الازواج فيكون كل
ذي رحم محرم من ازواج المحارم من الذكر والانثى وازواج المحارم كلهم في قسمة الثلث بينهم سوا وقوله ومن اوصى لاقاربه يعني يصرف
الى الاثنين فصاعدا الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب او الام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين عند ابي
حنيفة رحمه الله وقوله وفائدة الخلاف تظهر في ال ابي طالب يعني اذا اوصى لال ابي طالب فعلى القول الاول يتناول من الاب على حد
الله عنه فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني اقصى الاب هو ابو طالب لانه ادرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه
اولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضحة الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب
مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به وليس كونه متروكا بالاجماع بقوله فان عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعتبر ما ذكرنا من الاقرب
فالاقرب بالقيود الستة التي ذكرناها وعندهما يا ... ابي الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى وما كان متروكا بالاجماع لا يصح للاستدلال
به على ماله وقوله واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان يعني وله ايضا ميراث فالثلث لعميه وهذا الى تفضيل ما جملة من القيود على
مذهب ابي حنيفة رحمه الله وقوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية يعني لو كان العم اسما يا ان لكل واحد منهما النصف
فكذا اذا انفرد وكان له النصف ايضا واعتبر بانه لو ... اجعل عدم العم اهم بمنزلة وجود المزاحم حيث قال اذا كان معه عم اخر كان له النصف

فكذا إذا لم يكن معه عم آخر وخرج كان النصف له لأن يتعول إذا كان عم واحد كان له الثلث لأنه إذا كان له عمان كان له الثلثان فكذا إذا لم يكن معه
غيره وعلى هذا القياس لا يجب له الربع أو الخمس عنده لأنه إذا قدر أن يكون له ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهلم جرا أو أجيب بأن ذلك غير
لازم لأن اعتبار الجمع في كلها فقط لتعذره فتعين أدنى ما يتناول فيه وهو الاثنان لتيقنهم والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف
ماله وإذا أخذ العم النصف صار كأنه لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم أثلاثا وقوله فإنه يعتبر أبدا إلى قوله
لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية وهي أقوى أي قرابة العمومة أقوى من قرابة الخؤولة وقوله والعمة وإن لم تكن
وارثة جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة ولا تقدم العم على الأخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب ووجهه أنها مستحقة للوصية لمساواتها
للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قائم بها وهو الأنوثة لا يخرجها عن ذلك وإن الكلام في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق
أو الكافر فإن حرمان الميراث لوصف قائم به لا يخرجه عن القرابة وقوله لانسياقه إلى الأنساب في جمع النسب وهو القريب كالأنصباء في جمع
النصيب وقوله في جميع ما ذكرنا يعني من الفصول المذكورة على قول أبي حنيفة خلافا لهما [illegible] ومن أوصى لأهل فلان فهي على
زوجته الوصية لأهل فلان تنصرف إلى الزوجة عند أبي حنيفة رحمه الله وإلى كل من يضمهم نفقته فلان إلا الوارث عندهما اعتبارا للعرف
المؤيد بقوله تعالى وأتوني بأهلكم أجمعين فإنه ليس المراد به الزوجة خاصة وكذا قوله فنجيناه وأهله إلا امرأته وله أن الأهل في الزوجة
حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله [illegible] مع إمكان العمل بها قيل في الاستدلال بهذه الآية نظر لأنه خاطب بلفظ الجمع بقوله
امكثوا والمرأة لا تخاطب بذلك [illegible] ولم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمهم نفقته فإن كان معه من [illegible]
فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها لأن طريق معرفتها السماع كما عرف في الأصول وإنما استشهد بالآية ثانيا فإن ثبت أن ما في
الآية ليس على معنى الحقيقة لأن في مطلوبه كالآيات التي استدلا بها وقوله فلان تأهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر
الفهم إليه وقوله لأن الآل القبيل الذي ينتسب إليه فإن إبراهيم عليه السلام من رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من حيث قريش [illegible] والخلفاء صلحوا
للخلافة ولأن كان الكريم [illegible] أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الأم وقوله ولو أوصى لأيتام بني فلان اليتيم اسم لمن مات
أبوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد البلوغ والعميان والزمنى معروفة والأرامل جمع أرمل والأرمل الذي لا يقدر على شيء رجلا كان
أو امرأة من أرمل إذا افتقر من أرمل كأنه لصق بالرمل [illegible] من الناس وقال الأرامل في النساء خاصة والمختار عند الكل هو الأول
حيث قال ذكورهم وإناثهم وهو اختيار الشعبي فإذا أوصى لهؤلاء فإما أن يكونوا قوما يحصون أو لا فإن كان الأول وحد الإحصاء
عند أبي يوسف أن لا يحتاج في الإحصاء إلى كتاب أو حساب فإن احتيج إلى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد إذا كانوا أكثر من مائة فإنهم لا يحصون
وهو الأيسر وقال بعضهم هو مفوض إلى رأي القاضي دخل في الوصية غنيهم وفقيرهم ذكورهم وإناثهم لأن الوصية تمليك وتحقيق
التمليك فيهم ممكن وإن كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا
يحصون أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني
والفقير وهل يدخل الذكر في الأيامى دخوله في الأرامل أو لا قال الكرخي رحمه الله يدخل لأن الأيم هي التي لا زوج لها بكرا كانت
أو ثيبا ويقال رجل أيم أيضا وقال محمد الأيم هي الثيب خاصة وقول أهل اللغة محتمل واللفظ محتمل وقوله لأنه تركه اعتمادا على ذكره في الأرامل
وإنما بطلت الوصية في الشبان والأيامى لأنه ليس في اللفظ ما يدل على الفقر حتى يصرف إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة
الفاحشة وتعذر الصرف إليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد رحمه الله الغلام ما كان له أقل من خمس عشرة والفتى من بلغ خمس عشرة وفوق ذلك
والكهل إذا بلغ أربعين فزاد عليه وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب فهو شيخ [illegible] في الوصية للفقراء والمساكين يجب
الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر وقوله ولو أوصى لبني فلان يعني إذا أوصى لبني فلان فلا
فلا يخلو إما أن يريد بمفهومه الإضافي أو يكون اسم قبيلة أو فخذ فإن كان الأول لم يدخل فيه الإناث عند أبي حنيفة رحمه الله رجوعه
وكان يقول أولا يدخل وهو قولهما [illegible] عند الاختلاط أما إذا كانت المنفردات فلا يدخل بالاتفاق وجه قولهما أن جمع الذكور يتناول
الإناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله الآخر أن حقيقة هذا الاسم للذكور وانتظامه الإناث تجوز ولا يصار إليه عند إمكان العمل
بالحقيقة وإن كان الثاني [illegible] لهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم [illegible]
الموصى به من يقدر عليها [illegible] أوصى لولد [illegible] ومن أوصى لولد فلان فإما أن يكون أبا خاصا أو [illegible]
فإن كان الأول فالوصية تتناول [illegible] الذكور والإناث عند الانفراد والاختلاط و[illegible]
كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد [illegible] عند إمكان العمل بها فإن لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الأولاد
أولاد الأبناء رواية واحدة وفي أولاد البنات روايتان [illegible] الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الوصية لولد فلان
يتناول الولد وولد الولد [illegible] من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم [illegible] والصحيح أنهم لا يدخلون [illegible]
والتي ذكرناه وإن كان الثاني يدخلون وإن كان [illegible] فلا [illegible] لا يخلو عن الأولاد [illegible]
فيكون مراده فيدخل بخلاف ما إذا كان أبا خاصا [illegible] الأولاد فيكون مراده ومن أوصى لورثة فلان [illegible]
وقوله ومن أوصى لمواليه مبناه على جواز عموم المشترك [illegible] فلا يجيز ذلك [illegible] هذا أو [illegible]
هذا والمروي عن أبي يوسف في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لكن على جواز عموم المشترك [illegible] على أن لفظ المولى على الأعلى والأسفل
كالأخوة

كالأخوة على بني الأعيان وبني العلات وبني الأخياف وليس بظاهر والمروي عن أبي يوسف في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لكن لا على جواز عموم المشترك
لأن معنى الأخوة في الجميع واحد وهو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فإن معنى الأعلى منعم ومعنى الأسفل
منعم عليه فكأن في أحدهما بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول وإليه أشار بقوله أن الجهة مختلفة وقوله في موضع الإثبات احتراز
عن موضع النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة المشايخ ذهبوا على أن لا عموم في المشترك لا في النفي ولا في الإثبات وأجابوا
عن مسألة الحلف بأن ترك الكلام مع الموالي مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل لأن الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى
كالشيء الواحد وقد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده فإن قيل سلمنا أن لفظ الموالي مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فكانت
باطلة أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فإن قيل الترجيح من جهة أخرى ممكن وهو أن صرف
الوصية إلى المولى الذي أعتقه لأن شكر المنعم واجب وإن فضل الإنعام في حق المنعم عليه مندوب والصرف إلى الواجب أولى
منه إلى المندوب كما هو المروي عن أبي يوسف لهذا المعنى أجيب بأنه معارض بجهة أخرى وهو أن العرف جار بوصية الناس للفقراء
والغالب في الموالي الأسفل الفقر وفي الأعلى الغنى والمعروف عرفا كالمشروط شرعا كما هو المروي عن أبي يوسف لهذا المعنى ولو أوصى
لمواليه وليس له إلا موال أعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتق
هؤلاء إنما يثبت بعد الموت لأن المتوقف على الشيء لا يحصل قبله وجود الوصية تضاف إلى حال الموت لأنها أخت الميراث والميراث كذلك
فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهم وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأنه سبب استحقاق الولاء وهو التدبير ثابت
لازم أي ثابت مستقر والأصح الأول لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بمعنى الاستحقاق بل بالإحياء الحاصل بالعتق وذلك إنما يكون بعد
الموت ويدخل فيه أي في هذا الإيصاء عبد قال له إن لم أضربك فأنت حر [illegible] ولو أوصى لمواليه وله موال وأولاد الموالي وموالي الموالي
دخل معتقوه وأولادهم وأولادهم لأنهم ينسبون إليه بالولاء للمعتق الذي باشر [illegible] بهم والفروع [illegible] الأصول فكان الإطلاق حقيقة فيهم
كما في أصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم الموالي عنهم بخلاف ما تقدم من بني فلان وأولادهم لأن النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز أن يقال
ليسوا بني فلان وإنما هم بنو أبنائه وعن أبي يوسف أنهم يدخلون [illegible] كما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله الإعتاق لازم
جواب عما يقال إذا كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية في موالي الأعلى والأسفل ووجهه أن المشترك لا يعمل به إذا لم يكن قرينة تعين أحد
المعنيين وههنا قرينة تعين أحدهما وهو أن ولاء الإعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء
[illegible] يحتمل الفسخ فلا يتحقق المزاحمة بينهما ولم يكن له إلا موالي موالاة كان الثلث لهم لأن الحقيقة إذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز
[illegible] ولو كان له معتق واحد وموالي الموالاة فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز وحكم
ولد المعتق حكم المعتق [illegible] لأن اسم الموالي لأولاد الموالي حقيقة وقوله ولا يدخل فيه أي فيما أوصى لمواليه موال أعتقهم هكذا
وقع في النسخ ولكن الصواب أن يقال موال أعتقهم أبوه أو ابنه لأن التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لأن الحقيقة
هو أن يباشر إعتاق مملوك فيصير به مولى عنه والذي [illegible] بسبب لذلك بإعتاق مملوك ثم يعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد
في حق موالي الأب والابن فعل الإعتاق ولا نسبة فعلمنا أنهم لا يدخلون في هذه الإضافة وهذا المعنى كما ترى لا ينطبق على ما وقع
في النسخ لأن الذين أعتقهم موالاه حقيقة وقوله وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة جواب عما روي عن أبي يوسف أن مولى أبيه يدخل إذا
مات أبوه وورث ولاءه لأنهم موالي حكما ولهذا يحرز ميراثهم ووجه ذلك أن إحرازه الميراث ما كان لكونه مولى له لكن الشرع
أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لأن الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا
يوهب ولا يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان إحرازه بطريق العصوبة وقوله بخلاف معتق المعتق وأما معتق البعض فعند أبي حنيفة
رحمه الله لم ينسب إليه بالولاء بعد لأنه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما إنما ينسب إليه
ينسب إليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج إلى ذكره وذكر بعض الشارحين أن النسخ في قوله ولا يدخل فيه موالي أعتقهم بإثبات لفظ ابنه
ومعناه أن معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي لأنه مولاه حقيقة بخلاف موالي الابن لأنهم لا ينسبون إليه أصلا ولكن ينبغي أن يكون
هذا على مذهبهما لأن معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وهذا فيه تصحيح نسخ الكتاب في الموضعين
وإن كان فيه بعض [illegible] الإيراد على مذهبهما خاصة والله الموفق

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ من أحكام الوصية المتعلقة بالأعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر
هذا الباب لأن المنافع بعد الأعيان وجودا فأخرها عنها وضعا [illegible] وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره كلامه واضح
ويفيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الإجارة لأن الوصية تفيد التمليك بالنافع
يقبل ذلك حال الحياة وكذا بعد الممات لأن الحاجة لا يليق [illegible] فيما يتملكه الورثة وذلك في عين يبقى والمنفعة عرض
لا يبقى والإجارة [illegible] الوصية بمنفعة العبد جائزة [illegible] حكمها والمعنى وهو [illegible] المنفعة والغلة
[illegible] فإن خرجت رقبة العبد فيه تفصيل وهو أنه إذا أوصى بخدمة عبده لشخص فإما أن قال أبدا أو جعل ذلك زمانا فإن كان
الأول وخرجت رقبة العبد من الثلث أو لم يخرج [illegible] أجازه الورثة [illegible] يسلم إليه ليخدمه وإن لم تجزه الورثة خدم الورثة يومين
والموصى له يوما إلى أن يموت وإن كان الثاني فإما [illegible] سنة مثلا بأن يقول سنة ست وسبعين [illegible] أو لم يعين فإن عين

تلك المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات الموصي بعد مضي بعض من تلك السنة او مات قبلها فكذلك ان كان العبد يخرج من الثلث او اجازه
الورثة يخدم الموصي له والورثة يوما حتى يمضي السنة التي عينها ثم يسلم الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من الثلث او لا يخرج الا انه اجازه
الورثة يسلم العبد الى الموصي له يستخدمه سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وان لم يخرج ولم تجزه الورثة يسلم العبد الى الموصي له يوما والورثة
يومين اي ثلث سنين ثم يرده الى الورثة هذا الحكم على خلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة على ما سيذكر
قال فان مات الموصي له عاد الى الورثة اذا مات الموصى له بعد ما اوصى الى ورثة الموصي لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي
المنافع على حكم ملكه ولو انتقل الحق الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك الموصي لما تقدم ان الميراث خلافه فيما يملكه المورث وذلك في عين
يبقى والمنفعة عرض لا يبقى لكن لا يجوز ان يستحقها لذلك لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير رضاه المالك لا يجوز ولو مات الموصي له في حياة
الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل اي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان
الوصية بقوله بخلاف الوصية لان ايجابها عند الموت ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدم العبد الموصى بغلة الموصي له بنفسه او سكن الدار
الموصى بغلتها بنفسه اختلف المشايخ في ذلك على ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وليس للموصى له بالخدمة ان يوجر العبد والدار واضح سوى
الفاظ نذكرها قوله اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل لما تقدم في باب العارية وفي الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو ان
الشيء لا يتضمن ما فوقه وقوله الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره جواب عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت
لعدم قبولها الرجوع حينئذ ووجه ذلك ان الاعتبار للموضوعات الاصلية والوصية في وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع بموت الموصي من العوارض
فلا معتبر به وقوله ولان المنفعة دليل آخر قوله وهذا الحجة بناء على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظ واعترض عليه بالاجارة الحكم
فانه لا يملك منفعة تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة فيجوز له ان يملكها ببدل واجيب بان كلام المصنف رحمه الله في الوصية مراده بالمنفعة
منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحلية لذلك فلا يكون واردا عليه وقوله اذا كان يخرج من الثلث احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له الاخراج
الى اهله الا باجازة الورثة ثم قوله واذا كان نوائب غيره اي في غير مصر الموصي وقوله ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره فقد علم جوازه فيما تقدم
[illegible] ولعله ذكره ليمهد التوطئة لقوله فان لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة يعني اذا لم يجز الورثة وكانت الوصية بغلة عبده سنة وتذكير
الضمير [illegible] الى المال او نظرا الى الخبر وقوله لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء وكلما هو كذلك تتعلق الوصية بثلثه ان لم يخرج من الثلث وفيه
اشارة الى الفرق بينه وبين الخدمة فان العبد لما لم يحتمل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة الى ما يستوفي خدمة
سنة كاملة كما مر [illegible] وقوله فلو اراد الموصى له قسمة الدار ظاهر قوله عطفا منه لاحدهما على الآخر ومعنى ذلك انه عطف قوله لآخر برقبته
بالواو على قوله اوصى له بخدمة عبده فيعتبر منه ارساله بدليل الكعطف في الانفراد اي في انفراد احدى الوصيتين عن الاخرى فلا يتحقق
المشاركة بينهما فيما اوجب لكل واحد منهما وقوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كاليا [illegible] والتعبير لما قبله من حالة الانفراد يعني لما كانت
الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر يكون الرقبة له
والخدمة للموصى له بها اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت بعد الموت ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر اما ان يكون
ادرك حد الخدمة اولا فان كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك الخدمة لانه لا نفقة عليه بنمو العين وذلك منفعة لصاحب
الرقبة فاذا ادرك الخدمة صار كالكبير والنفقة كالكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه بالانفاق عليه اذ العبد لا يقوى على الخدمة
الا به وان ابى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير مع المعير وان جنى جناية فالفداء على من له الخدمة لان التمكن من الاستخدام بالتطهير
عن الجناية فيجب عليه التطهير وقوله وهو لها اي للخدمة فيه نظر وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقواعد ولا شيء لصاحب الخادم وهو الاب
والخاتم والقوصرة في المظروف يعني الولد والفص والتمر في هذه الاشياء اما ان كان احد الايجابين موصولا بالآخر فبالاتفاق
اذا كان احدهما مفصولا عن الآخر فكذلك عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله وقوله كما في وصية الرقبة والخدمة فان الموصول والمفصول
فيها في الحكم سواء وتاخير تعليل محمد والجواب عما استدل به ابو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على ان المعول على قول محمد رحمه الله
قال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة اما بيان المتعلقة بالاقتصار على الموجود ومن الموصى به والتعدي الى ما يحدث على وجوه
ثلثه في وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة
عبده فان العرف فيها جار الى الابد ويعتبر في وجه من الثلث وفي وجه يقتصر على الموجود دون الحادث ذكر الابد او لم يذكره كالوصية بالصوف
على ظهر غنمه والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لان المعدوم من هذه الاشياء لا يستحق بعقد ما وفي وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود
والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة وقت تناولها والا فالقياس ان تبطل الوصية وفي الاستحسان
يقع على الحادث الى ان يموت الموصي له ووجه القياس ان الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل ووجه الاستحسان ما ذكره على
الجواز عند انتفاء المنفعة حقيقة صونا لكلام الموصي عن الالغاء والمصنف رحمه الله جعل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقي
والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة وقوله ومن اوصى لرجل بصوف غنمه
ابدا الى آخر الباب واضح والله در المصنف ما اجزل تركيبه واحسن ترتيبه لا ترى معنى من المعاني حياة الا تقرير الا وتركيبه اوفى تادية له من غيره
وبعقد الخلع صورته ان تقول المرأة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي او غنمي صح وله ما في بطنها وان لم يكن في البطن شيء فلا شيء له وما قد ثبت
بعد ذلك انه للمرأة لان ما في البطن قد يكون متقوما وقد لا يكون فلم تغره حتى ولو قالت على حمل جاريتي وليس لها حمل ترد المهر

باب

باب وصية الذمي قال نعتبر وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في احكام المعاملات
وان اصنع يهودي بيعة او نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا على اختلاف التخريج اما عنده فلان هذا بمنزلة
الوقف عند ابي حنيفة اذ كان المسلم فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فلان هذه
الوصية معصية فلا تنفذ فلو اوصى بذلك اي لو اوصى ان يبني بيعة او كنيسة لقوم معينين فهو جائز من الثلث لان في الوصية معنى الاستخلاف
والتمليك وللذمي ولاية ذلك فامكن تصحيحه اي تصحيح الايجاب على اعتبار المعنيين يعني الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا
الى الاستخلاف وجوزناه للمعينين نظرا الى التمليك واذا صار ملكا للمعينين صنعوا به ما شاؤوا وان اوصى ان يجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين
يعني قوما غير محصورين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا هي باطلة لان هذه في الحقيقة معصية وان كان في معتقدهم قربة والوصية
بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير [illegible] ولابي حنيفة رحمه الله ان المعتبر معتقدهم فتجوز على حسب اعتقادهم وان كان عبادة عندنا بالاتفاق
فكذا لك اذا اوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا الاختلاف اذا
اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى فاما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك في الامصار وذكر الفرق بين بناء البيعة
والكنيسة والوصية بذلك وقوله لم تصر محررة لله تعالى حقيقة بالتحرير على معتقدهم فيبقى ملكا للباني فيورث عنه وقوله ولانهم يبنون
دليل آخر على معتقدهم عدم التحرير لله وقوله بخلاف الوصية متصل بقوله ان البانية ليس بسبب لملك الباني والضمير في قوله لانه وضع في
قوله تجوز مقتضاه كلها راجع الى الوصية بتاويل الايصاء وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك الا ان لفظها تقاعد عن افادة
معناها وهو زوال الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فاما اذا اتفقنا ما هو قربة فيه عملنا علمنا وقوله ثم الحاصل ان وصايا الذمي
الخ واضح قوله وهو ما ذكرناه يريد الوصية ببناء البيعة والكنيسة وقوله كما ذكرناه يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله
والوجه ما بيناه اي من الجانبين وهو ان المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما انها وصية بمعصية وقوله والحد متوجه يعني ان كلامه في جميع
المال الموصى به اي استضاءة المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام وقوله على الخلاف المعروف اي تصرفاته
يعني انها جائزة عندهما موقوفة عند ابي حنيفة رحمه الله ان اسلم نفذ وان قتل او مات بطل وقوله وفي المرتدة الاصح انه تصح
وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد فانه يقتل او يموت وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلافه وقال بعضهم
لا يكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصيته والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة
فلا تقر على اعتقادها والظاهر انه لا تنافي بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان وقوله واذا دخل
الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز فعل هذا اذا لم تكن الورثة معه فاما اذا لم تكن تتوقف على اجازتهم
والى هذا اشار بقوله ولورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب وقوله وذلك في حق المستأمن ايضا جواب عما يرد على قوله ورد
الباقي على الورثة وهو ان يقال ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه ان ذلك الرد على الورثة
ايضا من رعاية حق المستأمن لانه من جهة تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ عن حاجته والزيادة على مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ وقوله ولو اعتق عبده عند الموت الخ ظاهر وقوله
ولو اوصى لذمي في دار الاسلام ظرف لاوصى له لا لقوله ذمي ولو اوصى الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين
الدارين ولان الذمي اذا اوصى لحربي في دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو اوصى له اي للمستأمن مسلم او ذمي بوصية
جاز [illegible] لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو
الوصي في الكتاب الوصايا بجملة لكن قدم احكام الموصى له لكثرتها [illegible] فكانت الحاجة الى معرفتها امس ومن اوصى لرجل
رجل اي جعله وصيا فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلمه وردها في غير وجهه اي بغير علم الموصي هكذا ذكره في الذخيرة اشار الى
ان المقصود بذلك علم الموصي لئلا يتدارك حاله عند رد الموصي فليس برد لان الميت مضى لسبيله اي الموصي مات معتمدا عليه فلو
صح رده بغير علمه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضرار لا يجوز فيرد رده وطولب بالفرق بين الموصى اليه والموصى له
في ان قبول الاول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكرتم واجيب
بان نفع الاول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف الاول لان الموصى به يرجع الى
ورثة الموصي ولا ضرر له في ذلك ويشير الى هذا الجواب قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير
وجهه اي في غيبته بغير علمه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه فانه جعل عله جوازه عدم الضرر كما في رد الموصى
له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع
الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضي خان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة
الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لم يخرج عن الوكالة ولكن ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شيء بعينه وقد اشار اليه
المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل الا بمحضر من الموكل وذلك انفيا قول المشايخ على ما يشير اليه قوله قيل
وسببه ان الاضرار بتغريره واما اذا كان وكيلا بشراء بغير عينه فليس فيه ذلك وقوله فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار
الا ان قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا يعني كما كان حال حياته فان مات لم يوجد من الوكيل قبول نفا

اوولاية كان بالخيار قيل كان يجب ان لا يكون مخيرا لانه لما بلغه الايصا ولم يرده اعتمد عليه الموصي ولم يوص الى غيره وفي ذلك ضرر به
مدفوع واجيب بان الموصي مغتر حيث طلب له عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار
فيبطل الخيار وقوله فلو انه باع شيئا من تركته بيان ان القبول يجوز ان يكون دلالة فانها تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يخالفه
لكنه يعتبر ذلك بعد الموت وقوله وقد بيناه طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب من ذلك ما ذكره في كتاب ادب القاضي
في فصل القضا بالمواريث ومن اعلم من الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل
وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سوا اي الواحد فيهما يكفي وقوله وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل يعني ان الوصي
اذا سكت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا اقبل ثم قبل فهو وصي ان لم يخرجه القاضي حين قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل
الايصا عندنا خلافا لزفر لان في ابطاله ضررا بالميت وفي ابقائه للوصي لكن الاول اعلى لكونه غير مجبول لا بالثواب ودفع الاعلى من
الضررين اولى لا معنى له وقوله الا ان القاضي اذا اخرجه استثنا من قوله فلذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه عنها حين قال لا اقبل لا يصح قبوله
بعد ذلك واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام شمس الايمة
السرخسي وهو الذي اختاره المصنف ومنهم من قال ان صح لان الوصي لو صحت بقبوله كان للقاضي ان يخرجه ويصح الاخراج فههنا اولى واليه
ذهب شمس الايمة الحلواني رحمه الله والباقي واضح قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق ومن اوصى الى عبد غيره او كافر او ذمي او
مستامن او حربي او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم هذا اللفظ وهو لفظ القدوري يشير الى صحة الوصاية لان الاخراج
يكون بعد الصحة وذكر محمد رحمه الله في الاصل ان الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في انه باطل اصلا او معناه سيبطل قال الفقيه
ابو الليث واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشايخنا ان معناه ستبطل ووجهه ان العبد اهل للتصرف ولهذا جاز
توكيله ولكن لما كان عاجزا عن استيفا حقوق الميت مطلقا لكون منافعه للمولى والنظر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له
الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا لانها ستبطل باخراج القاضي عنها واما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه
لو قاسم شيئا قبل ان يخرجه القاضي جاز فثبت ان الايصا صحيح لكنه لا يتوقع البياعات الفاسدة فجاز للقاضي ان يخرجه من الوصية وقال
بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الايمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون
له ولاية على غيره فبقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله واستبداده الى ما بعدها لانها بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق
به اللزوم وقيل معناه في الكافر انها باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظ وقد ذكرنا بعضا منه انفا وقوله وعدا
يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله واولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالخيانة تنعدم الصيانة
فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله ومن اوصى الى عبد نفسه واضح وقوله وفي اعتبار هذه اي هذه الوصية وهي وصية عبده على الاكثر
الصغير تجزيته لانه لا يملك بيع رقبته وقوله وهذا النقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصي والولاية لا تتجزى اذ لا يثبت له
ولاية في بعض دون بعض فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجزي فكان عايدا على موضوعه بالنقض
وقوله انه مخاطب احتراز عن الصبي والمجنون وقوله مستبد احتراز عن الايصا الى عبد الغير وهي اذا كان في الورثة كبار وقوله
ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة واجيب بانه اذا ثبت الايصا
لم يبق للقاضي ولاية البيع وقوله يكون انظر لهم لان العاقل لا يختار المرقوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وامانته
وشفقته على من خلفهم صغارا كالمكاتب فان الايصا اليه جايز فكذا لهذا وقوله والوصاية قد تتجزى جواب عن قولهما وفي اعتبار
هذه تجزيتها وذلك ان الحسن بن زياد رحمه الله روى عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا اوصى الى رجلين الى احدهما في العين والى الاخر
في الدين ان كل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصي اليه خاصة او يقول يصار اليه اي الى التجزي كيلا يؤدي الى ابطال اصل هذا
التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان قيل يفضي الى تغيير وصفه وهو جعله متجزيا بعدما لم يكن قلنا تغيير الوصف
لتصحيح الاصل اولى من اهداره بالكلية قال ومن يعجز عن القيام بالوصية معنى قوله بالوصية اي بالوصاية اعلم ان
الاوصيا ثلاثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المصنف رحمه الله العاجز اصلا اذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو
عدل ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا فاذا اعلم صيانة الوصي ونقص كفايته وجب عليه
تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه فاذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى اليه الوصي ذلك اي عدم الاستبداد او العجز لا يجيبه حتى ذكر في
الكتاب ولو ظهر عنده عجزه اصلا استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين اي جانب الموصي والوصي يقوم مقام المنصوب من جهة القاضي
بالتصرف في حوايج الموصي والعاجز المعزول يفتقد حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي ان يتعرض اليه بالاخراج وان
شكاه الورثة او بعضهم اليه الا اذا ظهر منه خيانة فيستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب قوله ومن اوصى الى اثنين الخ روي
ابو القاسم الصفار انه قال هذا الخلاف بينهم فيما اذا اوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد
على حده فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث هذا اصح وبه ناخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل واحد منهما
على الانفراد وحكي عن ابي بكر الاسكاف انه قال الخلاف فيهما جميعا سوا اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل في المبسوط هذا اصح لان وجوب
الوصية انما يكون عند الموت وحينيذ يثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما كان الراي الذي للاشيا معدودة
ولم

ولم يذكر كيفية الاختلاف اقوال العلما فيه فذكر في الاسرار انه وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الاموال
الضايعة وتجهيز الميت وقضا الدين بحق جنسه وشرا ما لا بد منه للصغير وبيع ما يسرع اليه الفساد ورد المغصوب والوديعة والخصومة
وذكر في الجامع الصغير لقاضي خان ثمانية وهي الستة المذكورة في الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر فيه ايضا جمع الاموال
الضايعة فقيل يحتمل ان يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضايعة فبعيد ان واحد الثلاثة يزيد على ما نص عليه من الثمانية
والذي ذكره المصنف اكثر من ذلك وقوله سبيله الولاية يعني انها لا تثبت لمن لا يثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله
لانها ليست من باب الولاية اي الولاية المستفادة من الموصي لتحققها من غير من اوصى اليه وذكر رواية الجامع الصغير لبيان اقتضا
الدين اي قبضه ليس هو كقضايه بل هو على الاختلاف وقوله ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد ذكرناه في مطلع الكلام
فيه ذكر صاحب كل قول منهما وقوله فان مات احدهما متصل باول الكلام وقوله ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي ظ وقوله
والى الجد في النفس يعني اذا مات الاب كانت ولاية تزويج الصغار والصغاير واستيفا القصاص للجد فكذا الوصي فيما انتقل
اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قايما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله وعند الموت
كان له ولاية اي عند موت الوصي كان للوصي ولاية في التركتين اي في تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤول اليه وتركة موصيه اما
في تركته فباعتبار انه ملكه واما في تركة موصيه فباعتبار الوصاية اليه ونفوذ الثاني يمنع لتقيه فيهما وقوله فلا يرضى بتوكيل غيره
اي لا يرضى الموكل بان يوكل غيره اي يوصي الى غيره قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جايزة رجل اوصى الى وكيله
رجل واوصى الى اخر بثلث ماله وله ورثة صغار او كبار غيب فقاسم الوصي الموصى له نايبا عن الورثة واعطاه الثلث وامسك الثلثين
للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفي المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلكت حصة الورثة في يده
لم ترجع الورثة على الموصى له بشي واما اذا كان الوارث كبيرا حاضرا او صاحب الوصية غايبا فقاسم الوصي مع الوارث عن الموصى له واخذ
الورثة حقهم وامسك الثلث عن الموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان او كبيرا حاضرا او غايبا في المنقول والعقار جميعا في يده
حتى لو هلك في الوصي ما افرزه له كان له ان يرجع على الورثة بثلث ما في ايديهم والفرق بين المنقول والعقار جميعا اما اذا كانوا كبارا
فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه المسألة ما ذكره في الكتاب وحاصله ان الورثة
والوصي كلاهما خلف عن الميت فيجوز ان يكون الوصي خصما عنهم وقايما مقامهم واما الموصى له فليس خليفة عن الميت من كل وجه فلا
يكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصما عنه وقايما مقامه في نفوذ القسمة عليه وقوله حتى يرد بالعيب اي فيما اشتراه المورث
ويرد عليه اي فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشرا المورث فانه اذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية
فانه يرجع على بايع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من اخر في المسألة بحالها فان المشتري يرجع على بايعه دون بايع بايعه
لانه ليس بخليفة عن بايعه حتى يكون مغرورا كغروره وقوله عند ان الوصي لا يضمن جواب سوال تقريره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان
غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ووجه الجواب
ما قال لانه امين فيه وله ولاية الحفظ اي في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الى اخره وفيه اشارة الى انه لا ضمان
عليه اذا كان ما افرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك اما لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار ان شا ضمن القابض
بالقبض وان شا ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية وقوله فان قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه
لفظ الجامع الصغير وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه قال واذا كان اوصى الميت بحجة رجل مات وترك
اربعة الاف درهم واوصى ان يحج عنه فكان مقدار الحج الف درهم فاخذ الوصي الالف ودفعها الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق
قال ابو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف رحمه الله
يؤخذ من ثلث جميع المال وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فاذا سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال محمد رحمه الله
اذا سرقت الالف الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة اخرى ووجه ذلك [illegible] واضح وقوله ومن اوصى بثلث الف
درهم واضح على ما ذكره في الكتاب وذكر الامام المحبوبي ان هذا الجواب فيما اذا كانت التركة مما يكال او يوزن لان القسمة فيه تمييز
لا مبادلة حتى ينفرد احد الشريكين من غير قضي ولا رضي ويجوز لاحدهما ان [illegible] بيعه مرابحة على ما قام عليه من الثمن واما فيما لا
يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مرجحة مبادلة كالبيع وبيع مال الغايب لا يجوز فكذا القسمة قلنا وضع المسألة في الدراهم
لعلة الشايع اذ لكنه فانها توزن وقوله واذا باع الوصي عبدا من التركة ذكره لبيان الفرق بينها وبين ما اذا باع المولى او وصيه
عبده الماذون له المديون بغير محضر من غرما العبد فان ذلك لا يجوز لان لغريم العبد هناك حقا في استسعا العبد وبعد البيع لا يبقى
فكان في البيع ابطال حق الغرما فلا ينفذ بغير اجازتهم واما ههنا فليس لغريم المولى حق في استسعا العبد انما حقه في استيفا الدين
من الثمن فلم يكن البيع مبطلا حق الغريم بل محققا له لان حقه في الدراهم والدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله ولو توى
في يده يجوز بيعه بغير محضر من الغرما يعني اذا باع بمثل قيمته وقوله ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين ظ
وقوله لانه ضمنه بقبضه اي لا يعرف اخر يكون للورثة لان باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للموصي ولا للورثة
وقوله لان الرجوع بحكم الوصية لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث وقوله انه يرجع عليه بحكم

الغرور اي بحكم ان الميت غره بقوله هذا ملكي فانه لما امره ببيعه والتصدق بثمنه كان قايلا هذا العبد ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته وكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله وقد مر في كتاب القضا يعني في اخر فصل القضا بالمواريث
وهو قوله واذا باع القاضي او امينه عبد الغرما الخ وقوله فان كانت التركة قد هلكت اولم يكن بها وفا لم يرجع بشي اي لا على الورثة
ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين اخر وذكر في الذخيرة محالا الى المنتقى
ان الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا الا انه عند تصرف الوصي في ذا ليهم فلزم يجب ان يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع
الصغير ان الميت اصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والعقر يتبع له وقوله فان قسم الوصي الميراث الخ ظاهر وقوله واذا احتال
الوصي بمال اليتيم ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملاة وذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوزه يحتاج الى الفرق
بينها وبين ما اذا باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من اجنبي فانه جايز على ما يجي والفرق ان البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم
يكن فيها غبن فاحش فاما الحوالة فليست كذلك ولهذا جاز ان يسلم فيه ويرد راس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم
فيه وبرأس المال وهو لا يجوز واذا لم يكن فيها ذلك كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
خلافا لابي يوسف فيجب ان يكون فيه الغنا على ذلك وقوله ولا يجوز بيع الوصي واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال
الصغير شيا لنفسه او باع من اليتيم شيا من ماله هل يجوز اولا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف في احدى الروايتين
عنه وتفسير المنفعة الظاهرة ان يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد
وعلى احدى الروايتين عن ابي يوسف لا يجوز على كل حال وقوله والصبي المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراوهم بالغبن الفاحش
عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية اي يتصرفون باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم بنيابة عن احد
بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن [illegible] واذا كتب كتاب الشرا على وصي
هذا التقسيم الكتاب الحقوق والشهود والتعلق به شهادة الزور وهو واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذلك احوط وقوله وبيع
الوصي على الكبير الغايب قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغارا جاز للوصي ان يبيع من تركة الميت العروض والضياع والعقار على
جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين او غيبا وقال المتاخرون انما يجوز للوصي بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين
لا وفا له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا
حضورا ليس للوصي التصرف في التركة اصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفعها الى الورثة الا اذا كان على
دين او اوصى بوصية ولم يقض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطا وينفذ الوصية وان لم
يحط وله بيع ما زاد على الدين ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما وينفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع للتنفيذ شيا من التركة جاز بقدر
ما يحتاج وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله لان الاب يلي ما سواه دليل المسالة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسالة
اذا لم يكن على التركة دين فان كان وهو مستغرق فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضا الديون الا بالبيع فكان مامورا بالبيع من جهة الموصي
وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار ايضا عند ابي حنيفة
رحمه الله خلافا لهما فانه لا يبيع مع الزيادة الا بجوازه للحاجة ولا حاجة الى بيع الزايد فلا يجوز وللحسن ان ابا حنيفة قال الولاية
هنا ثبت بالوصاية وهي لا تتجزى فيما تثبت له الولاية في بيع البعض ثبتت في الباقي ولان في بيع البعض اضرارا بالغيب الباقي
فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير الا في انه لا يملك الحفظ وبيع المنقول من الحفظ عينه لما فيه من
المنفعة فان قلت قد علم حكم المسالة اذا كانت الورثة كبارا بالعبارة الكتابية واذا كانوا صغارا بالمفهوم فما حكمها اذا كانوا صغارا او
كبارا قلت حكمها الا الكبار اذا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار
واما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وان كانت مشغولة بدين مستغرق باع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق فانه يبيع بقدر الدين
من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حضورا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بلا خلاف
وفي بيع حصة الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف وقوله ولا يتجر
في المال وقوله وهذا الجواب في تركة هاولا يعني الاخ والام والعم اي قيد بتركة هاولا لان وصيهم ولا فيما تركه للاب ليس كوصي الاب
في الكبير الغايب فان وصي الاخ والام لا يملك بيع العقار على الصغير فيما ورثه الصغير من ابيه العقار والمنقول في ذلك سوا لانه قايم مقام الام
والام حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير المنقول او العقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيها وان ما ورثه الصغير من
الام فلوصيها بيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين او وصية
اما اذا كان فان كان مستغرقا فانه يبيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضا الدين وقضا الدين من جملة
ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين واما بقدر الدين واما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب
بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه لا ولاية للام على الصغير في المال فكذا الاخ والعم عليه وقوله والوصي احق بمال
الصغير من الجد الخ ظ وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولنا ان بالايصا تنتقل ولاية الاب اليه الخ
قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها وقدم عليها ما فيها وقوله واذا شهد الوصيان ظ وقوله

واذا

واذا شهد الوصيان لا يجوز وقوله ووجه الاستحسان اي وجه الاستحسان اعترض عليه بانه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب غيرهما
[illegible] لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة اذ امكنت فيها الشبهة واجيب بان القاضي وان كان
[illegible] الوصي لكن الموصي اليهما لما شهدا ان ذلك كان من زعمهما انه لا تدبير لهما في هذا المال الا بالثالث فاشبه هذا
[illegible] ثم وصي وهناك يقبل الشهادة فكذلك هنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي وقوله
[illegible] الاثنان [illegible] على المستثنى منه وقوله فالشهادة باطلة وقوله وكذا لو شهدا على الوصيين الى اخره واضح وقوله واذا شهد رجلان
لرجلين [illegible] المسايل اربعة اوجه [illegible] اختلفوا [illegible] الشهادة باطلة والثالث ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية
بجز شايع من التركة كالشهادة بالثلث او بنصف المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان يشهد الرجلان لرجلين ويشهد المشهود لهما للشاهدين
بدين او وصية بعين والرابع وهو المذكور في الكتاب اخرا وهو ان يشهد الرجلين بدين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالثلث او بثلث المال
ومبنى [illegible] على تهمة الشركة فان ثبتت التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم تثبت التهمة فيه كالثالث على ما
ذكر في الكتاب واما الوجه الاول فعندهما الاختلاف فيه بناء على ذلك ايضا فوجه القبول وهو الذي ثبت عليه محمد رحمه الله ولم يضطرب ان
الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضا دين احدهما ليس للاخر حق المشاركة ووجه الرد ان الدين بالموت
يتعلق بالتركة لخراب الذمة ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة شاركه الاخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف
حال حياة المديون لانه في الذمة لبقايها لا في المال فلا تتحقق الشركة لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده
ذكر احكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب ان تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر
لقطع شي من شي اخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وهنا لم يتقدم في وجه وكذا الفصل خلت كلامه في قوته ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان
فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في موضعه في التفصيل لا في الاجمال [illegible] واذا كان للمولود فرج وذكر قال العبد الضعيف
رحمه الله اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى والظاهر ان الواو الواقعة في اول الكلام للاستيناف وكلامه ظ وقوله فهو دلالة على انه العضو الاصلي
الصحيح وجه الدلالة ان الله تعالى خلق في الحيوان لكل عضو لمنفعة ومنفعة هاتين الالتين عند الانفصال من الام ليس الا خروج البول منها
وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية لالة كونه مبالا فاذا بال من احدهما عرف ان الاله التي هي للمنفصل
معه هذه والاخرى زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظ وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو ظ وان ظهرت علامة النسا
فهو امراة وان لم يظهر شي او تعارضت العلامتان فهو خنثى مشكل وهذا يدل على انه لا اشكال بعد البلوغ الا اذا اريد به الغالب
[illegible] بيان ان الغرض من ذكر الخنثى معرفة احكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امراة وحكم كل واحد منهما معلوم
ذكر في هذا الفصل احكامه فقال الاصل في الخنثى المشكل ولم يقل المشكل ولانه لما لم يعلم تذكيره وتانيثه والاصل هو الذكر لان حوى
خلقت من ضلع ادم اعتبره فان قام في صف النسا فاحب الي ان يعيد صلاته لاحتمال انه رجل قيل وانما قال باستحباب اعادة الصلاة
دون الوجوب لان الاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط هو الادا معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المراة في صلاة
مشتركة موهوم فلذلك قال احب الي ان يعيد الصلاة وان قيل الخنثى ان كان مراهقا فلا اعادة عليه وان كان بالغا فالاعادة واجبة
لانه ان كان ذكرا وجب الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فوجب الاحتياط فما وجه قوله احب الي ان يعيد اجيب بان المراد ما اذا كان مراهقا
والاعادة مستحبة تخلقا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة كذا في الذخيرة وعلى هذا التقرير يكون اعادة مراهق لغيره وبالا
وخلفه بحذايه اذا قام في صف الرجال واجبة لكن ذكر في المبسوط ان المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا ان محاذاة
المراة الرجل في صلاتها موهوم وقوله واحب الينا ان يصلي بقناع يعني اذا كان مراهقا واما اذا بلغ بالسن فذاك واجب وقوله وهو على
الاستحباب يعني اذا كان غير بالغ اما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شي من علامات الرجال او النسا فالاعادة واجبة وقوله لانه ان كان
المملوكة
البنظر اليه رجلا كان او امراة قيل وفيه نظر لانه وان كان صحيحا في حق الرجل ولكنه فاسد في حق المراة لان الامة لا يباح لها النظر الى
مواضع العورة من سيدتها بل لها ان تنظر من مولاتها الى ما لها ان تنظر اليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وان كان انثى فانه
نظر الجنس الى الجنس وهو اخف منه الى خلاف الجنس ملمس للملك نافيا في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلو زوجه الولي امراة
يستبرى اعتقه عن الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير [illegible] وذلك لعدم التيقن بصحة
النكاح ما لم يتبين امره ومع هذا التعليل كان صحيحا لان الخنثى ان كان امراة [illegible] الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا فهو
نظر المنكوحة الى زوجها وقوله ويكره له في حياته لبس الحرير قيل لان [illegible] في حياته فانه لا يلبس بعد الموت وانما هو الباس
كان معناه معقوليا وقوله لبس وهو منافقه [illegible] لانه لبس [illegible] بما ذكر في التراكيب يكون قيد الانفراج يجوز ان يكون بعضها بيانا للواقع
في المذكر وذلك لان لبس الحرير حرام على الرجال دون النسا وحاله لم يتبين بعد فيوخذ بالاحتياط فان الاجتناب عن الحرام فرض
والاقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذرا عن الوقوع في الحرام وقوله وان ينكشف قدام الرجال او قدام النسا يعني اذا كان
مراهقا والمراد بالانكشاف ان يكون في ازار واحد لا ابدا موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا وهذه المسالة تدل
على ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز له التكشف
للانثى في ازار واحد وقوله وان يخلو به اي يكره ان يخلو به غير محرم من رجل او امراة لقوله صلى الله عليه وسلم الا لا يخلون رجل

بامراة ليس منها بسبيل فانه ثالثهما الشيطان وامره في ذلك محتملا نظرا الي حاله وقوله لا علم لي في اباسته يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح وقول محمد
ظ وقوله لما قلنا اشارة الي قوله لان الخنث لا يثبت بالشك وقوله وان قال العولين يعني ان يقول كل عبد لي وكل امة لي فهو حر وقوله لانه ليس
بمهمل يعني انه في الواقع ليس بخال عن احد الحالين وقوله لانه دعوي يخالف قضية الدليل لانه يقتضي بقا الاشكال وهو لا يعلم من نفسه ذلك
خلاف ما يعلم به غيره وقوله ينبغي ان يقبل انما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير مذكور فلم ينتقض به وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال
والنسا اي غسل الرجل المراة وعكسه غير ثابت في الشرع فان النظر الي العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت الا ان نظر الجنس الي الجنس
اخف فلاجل الضرورة ابيح نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لم يعرف له جنس فيتعذر غسله فصار
بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيتيمم بالصعيد ونظيره امراة ماتت بين رجال او عكسه فانه تيمم بالصعيد مع الخرقة ان يمم الاجنبي
وبغيرها ان كان ذا رحم محرم من الميت وينظر الميمم الي وجهه عن ذراعيه يجوز ان يكون امراة ولا يشتري جارية للغسل كما كان يفعل للختان لانه
بعد الموت لا يقبل الملك فالشري غير مفيد بخلاف الشري للختان فانه في حال الحياة وله اهلية الملك فيها وقوله وضع الرجل مما يلي
الامام والخنثي خلفه يعني اعتبارا بحال الحياة لانه يقوم بين صف الرجال والنسا فكان في قرب الامام بعد درجة فكذلك في حال الممات
والاصل فيه قوله صلعم ليليني منكم اولوا الاحلام والنهي ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثي خلف الرجل يعني
يقدم الرجل الي جانب القبلة لان جهتها اشرف فالرجل بالتقرب اليها اولي وقد جاء في الحديث انه صلي الله عليه وسلم امر بتقديم
اكثرهم اخذا للقران الي جانب القبلة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله وان جعل علي القبر نعش اي ازله
النعش شبه المحفة مشبك يطبق علي المراة اذا وضعت علي الجنازة وقد تقدم في كتاب الصلاة وقوله وان كان ذكرا فقد زادوا
علي الثلاث فلا باس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة علي الثلثة في الكفن للرجل غير ضارة
كما في حال الحياة فان الرجل يلبس في حال حياته ازيد علي الثلثة واما اذا كان انثي كان علي الاقتصار علي الثلثة ترك السنة فان السنة
في كفنها خمسة اثواب قال … ولو مات ابوه وخلف ابنا اعلم ان الشيخ ابا الحسن القدوري رحمه الله ذكر قول محمد مع ابي يوسف
وكذلك اثبت المصنف رحمه الله في الكتاب وكذا ذكره الشيخ ابو نصر البغدادي وفي عامة الكتب ذكر قول محمد رحمه الله مع ابي حنيفة
رحمه الله ولكن ابو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد فسره علي وجه ولم ياخذ به وابو يوسف فسره علي وجه ولم ياخذ به وهو
ان يجعل المسلة علي سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره علي وجه اخر وهو قول محمد بان يجعل علي اثني عشر واخذ به وكان قول ابي يوسف
اولا كقول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم فيفرعون علي ما ذكر في الكتاب اذا مات ابو الخنثي وترك ابنا كان المال بينهما اثلاثا عند ابي
حنيفة رحمه الله للابن سهمان وللخنثي سهم وهو انثي عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك اي غير كونه انثي بظهور احدي
علامات الذكور بلا تعارض مع … ذكر وقالا للخنثي نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثي وهو قول الشعبي وابن ابي ليلي والثوري وابيه
وهو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد رحمه الله المال بينهما علي اثني عشر سهما للابن سبعة وللانثي
خمسة وقال ابو يوسف رحمه الله المال بينهما علي سبعة للابن اربعة وللخنثي ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثي
يستحق ثلثة الارباع لان الخنثي يستحق في حال بنوة كل وفي حال اخرى بنتية وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون
له ثلثة ارباع نصيب ابن فتصير بمخرج الربع وهو اربعة في سهم وثلثة ارباع سهم يحصل سبعة فللخنثي ثلاثة وللابن اربعة ولمحمد رحمه الله
ان الخنثي لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان انثي اثلاثا فاحتجنا الي حساب له نصف وثلث صحيح واقل ذلك ستة
ففي حال المال بينهما نصفان لكل واحد ثلثة اسهم وفي حال الثلاثي سهمان للخنثي واربعة للابن فسهمان للخنثي ثابتان بيقين والسهم الزايد
وقع فيه الشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولوقوع الكسر النصفي فيضعف لزوال الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثي خمسه
وللابن سبعه وفي اختيار قول محمد اشارة من المص الي اختياره وذلك لان الكل متفقون علي تقليل نصيبه وما ذهب اليه محمد رحمه الله
اقل مما ذهب اليه ابو يوسف بسهم من اربعة وثمانين سهما وطريق معرفته ان تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ
المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شي من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثي منه ثلثة فاضربها في اثني عشر تبلغ ستة وثلثين
واضرب حصة من كان له شي من اثني عشر في السبعة وللخنثي منه خمسة تضربها في سبعة يكون خمسة وثلاثون فظهر ان التفاوت بسهم
من اربعة وثمانين كذا افاده الامام حميد الدين رحمه الله ولابي حنيفة رحمه الله ان الحاجة الي اثبات المال ابتدا لانه لا بد له من بيان
استحقاقه بالذكورة او الانوثة وكل منهما مجهول واثبات المال ابتدا لا يكون بسبب متحقق غير مشكوك فلا بد من البنا علي المتيقن
والاقل وهو ميراث الانثي متيقن فاوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق الفرض فانه يوخذ بالمتيقن دون المشكوك الي ان يقوم الدليل علي
الزايد فان من قال لفلان علي دراهم يحكم بالثلثة حتي يقوم الدليل علي الزايد لكون الاول متيقنا به دون الزيادة لا يقال سبب
استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثي والجهالة وقعت في القسمة وذلك لا يمنع الوجوب لانا نقول ليس الكلام في
اهل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه الذكورة او الانوثة وكل منهما متيقن به فيما نحن فيه وقوله الا ان يكون نصيبه الاقل
لو قدرناه ذكرا استثنا من قوله وهو ميراث الانثي متيقن به يعني اوجبنا للخنثي ميراث الانثي للتيقن وما في زيادته الي نصيب
الذكر لان المال ابتدا لا يجب بالشك الا ان نصيب الخنثي اقل من نصيب الانثي اذا قدرناه ذكرا فيعطي نصيب الابن في تلك الصورة
لكونه متيقنا به وهو ان يكون زوجا واختا لاب وام هي خنثي فانا قدرنا الخنثي انثي كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثي النصف والام

والمسلة

والمسلة من ستة وتعول وان قدرناه ذكرا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو اقل فقدرناه ذكرا واذا تركت
امراة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثي للمراة الربع ولبني الاخياف الثلث فان قدرنا الخنثي انثي ترث النصف تكون
المسلة من اثني عشر وهو اقل فقدرناه ذكرا ولو كانت تركت زوجا واختا لاب وام وخنثي لاب كان للزوج النصف وللاخت
لاب وام النصف ولا شي للخنثي وهذا معني قول العلما في تفسير قوله اقل النصيبين اسوا الحالين وهذا مذهب عامة الصحابة
رضي الله عنهم فان قيل اذا كان الخنثي ممن يتوهم استبانة امره في الحال كيف يكون حاله في الميراث ما ذكر المصنف في الكتاب
قلت كانه اشار الي ذلك في اول البحث بقوله وهو انثي عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك ثم اي ان الثلثين
في تلك المسلة يدفع الي الابن والثلث الي الخنثي وعلي ذلك اكثرهم لان سبب الاستحقاق للابن جميع المال معلوم وهو البنوة
وانما ينتقص من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث جعلنا الخنثي انثي ما زاحمه الا في الثلث فيبقي ما وراء ذلك مستحقا له وهل يوخذ
منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو علي الخلاف المعروف ان القاضي اذا دفع المال الي الوارث المعروف لم ياخذ منه كفيلا
في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يحتاط في اخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في اخذ الكفيل ههنا عندهم جميعا
وانما لم يجوز ابو حنيفة هناك للمجهول وههنا انما ياخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاه وينظر فيه
… عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثي فياخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين ان الخنثي ذكر استرد ذلك من الابن وان تبين
انه انثي فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الي الخنثي والنصف الي الابن ويوقف السدس الي ان يتبين
امره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيتوقف الي ان يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود

مسايل شتي

قد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسايل شتي او مسايل منثوره او مسايل متفرقة من داب المصنفين ليتدارك ما لم يذكر فيما كان
يحق ذكره فيه قوله فاذا جاء ذلك مايعرف انه اقرار يشير الي انه ما يجي من الاخرس ومعتقل اللسان علي نوعين احدهما
ما يكون ذلك منه دلالة للانكار مثل ان يحرك راسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك راسه طولا
اذا كان ذلك منه معهودا اي نعم وقوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه يعني بنا المفعول يقال اعتقل لسانه بضم
التا اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله حتي لو امتد ذلك اراد به سنة كذا ذكره التمرتاشي وروي عن ابي حنيفة رحمه
الله انه قال ان دامت العقلة الي وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعني
لا يرجي زواله فكان كالاخرس قد تواقوا عليه للفتوي وقوله وفي الاية … عرفناه بالنص ونحوه روي عن رافع بن خديج
ان بعيرا من ابل الصدقات ندوماه رجل وسمي فقتله فقال صلي الله عليه وسلم ان لها اوابد كاوابد الوحش
فاذا فعلت شيا منها ذلك فافعلوا بها مثل هذا ثم كلوه وقوله ولا يحد اي الاخرس اذا قذف بالاشارة او الكتابه
ولا يحده اي اذا كان مقذوفا وقوله وهو في حق الاخرس اي العجز في حق الاخرس اظهر منه في حق الغايب لان الظاهر
من حال الغايب الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال الخرس فلما قبل الكتاب في حق الغايب في ثبوت الاحكام مع
رجا الحضور فلان يقبل في حق الاخرس مع الياس عن زوال الخرس اولي وقوله ثم الكتاب علي ثلث مراتب مستبين
احتراز عن غير المستبين وهو الكتاب علي الهوا او الما مرسوم اي معنون اي مصدر بالعنوان وهو ان يكتب في صدره
من فلان الي فلان وما ذكرنا علم الاقسام الثلثة والحكم في كل منها ما ذكره وقوله فينوي فيه اي يطلب منه النية فيه وقوله
لانه بمنزلة صريح الكتاب اي الكتاب العرفية كقوله انت باين وامثاله وقوله ولا يختص بلفظ دون لفظ فانه كما يثبت بالعر
يثبت بغيره وقد يثبت بغير لفظ اي بفعل يدل علي القول كالتعاطي وقوله ويحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك
لا يكون حجة فيكون فيهما اي في الاخرس والغايب الغير الاخرس روايتان وقوله لانه اي الاشارة علي … ويلزم المذكور
وقوله لانه اي محمد جمع هنا اي في الكتاب بينهما بقوله يكتب كتابا او يومي ايما وقوله وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد
في الاشارة لان حصول البيان في الكتاب معلوم عادة وعندنا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع
ابهام وفي الاشارة زيادة اثر لم توجد في الكتاب لانه اي الاشارة اقرب الي النطق من اثار الاقلام لان العلم بالكتابة
انما يحصل باثار الاقلام وهي منفصلة عن المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده
او براسه والمتصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل عنه فكانا اولي بالاعتبار وقوله … الذي صمت يوما او يومين عطف
علي قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه اي لا يجوز اقراره بان اومي براسه اي نعم او كتب وقوله واذا كانت الغنم مذبوحة
… بالفرق بين هذا وبين الثياب فان الانسان اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والاخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما
فانه يتحري ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر فقد جوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفان وفي الذكية والميتة
لم يجوز واجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد
صلاته لانه مضطر الي الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويويده ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب
نجس فان كانت ثلاثة ارباعه نجس وربعه طاهر ايصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت
صلاته فيه وهو نجس بيقين فلان يجوز بالتحري في حالة الاشتباه اولي والله الموفق للصواب
تم بحمد الله وعونه وحسن توفيقه في ثالث عشر جمادي الاول ٩٤٣